Deutscher Bundestag
11. Wahlperiode

Drucksache 11/4610

30. 05. 89

Sachgebiet 703

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

A. Zielsetzung

Ziel des Entwurfs ist es, die Instrumente der Fusions- und Verhaltenskontrolle im Hinblick auf die Entwicklung im Handel wirksamer auszugestalten und in den Ausnahmebereichen nicht mehr gerechtfertigte Ausnahmen vom allgemeinen Kartellrecht zu beseitigen. Außerdem sollen durch eine Reihe von Maßnahmen die Voraussetzungen für den Vollzug des Kartellrechts verbessert und die Unternehmen von unnötigen Anzeigepflichten und Formerfordernissen befreit werden.

B. Lösung

Der Gesetzentwurf sieht im wesentlichen folgende Änderungen vor:

— Bessere Erfassung der Nachfragemacht insbesondere bei der Fusionskontrolle im Handel durch Erweiterung der im Gesetz genannten Kriterien, die bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung zu berücksichtigen sind, um zusätzliche nachfragebezogene Elemente (§ 22 Abs. 1 Nr. 2).

— Wirksamere Gestaltung der Vorschrift gegen die unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Unternehmen durch Wettbewerber mit überlegener Marktmacht durch Vereinfachung der gesetzlichen Voraussetzungen und Umwandlung des bisherigen Untersagungstatbestands in eine Verbotsnorm (§ 26 Abs. 4).

— Einschränkung insbesondere der Belieferungspflicht, der marktstarke, aber nicht marktbeherrschende Unternehmen unterliegen, auf das Verhalten gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen durch Änderung des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 Satz 2).

— Einführung eines Freistellungstatbestands vom Kartellverbot für Kooperationen beim gemeinsamen Einkauf, die der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen dienen (§ 5c).

— Einschränkung der Vielzahl von Ausnahmeregelungen im Ausnahmebereich Verkehr (§ 99).

— Einführung des Verbotsprinzips anstelle des bisherigen Mißbrauchsprinzips im Ausnahmebereich Banken und Versicherungen (§ 102).

— Wirksame Ausgestaltung der gesetzlichen Befristung von Gebietsschutzverträgen in der Versorgungswirtschaft, so daß Demarkationsverträge bei Ablauf von Konzessionsverträgen einem Versorgerwechsel nicht mehr entgegenstehen, sowie flexiblere Fassung des Durchleitungstatbestands (§§ 103, 103a).

— Schließung von Lücken der Fusionskontrolle gegenüber Umgehungspraktiken durch Verbesserung des Zusammenschlußbegriffs, insbesondere durch Einführung eines zusätzlichen Auffangtatbestands (§ 23 Abs. 2 Nr. 6).

— Einschränkung der Anzeigepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen (§ 23 Abs. 1 und 5).

— Streichung des Schriftformerfordernisses für Kartelle sowie Vertikalverträge (§ 34).

— Anpassung der Verfahrensvorschriften zur besseren Lösung von Konflikten zwischen Geheimnisschutz und rechtlichem Gehör im Beschwerdeverfahren (§§ 70 und 71).

Außerdem werden die Gebührenhöchstsätze angepaßt (§ 80).

C. Alternativen

keine

D. Kosten

Für die Haushalte von Bund, Ländern und Gemeinden entstehen keine Kosten.

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
121 (42) — 610 10 — Ka 61/89

Bonn, den 30. Mai 1989

An den Präsidenten
des Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist der Bundesminister für Wirtschaft.

Der Bundesrat hat in seiner 599. Sitzung am 21. April 1989 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf, wie aus Anlage 2 ersichtlich, Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Kohl

Anlage 1

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. September 1980 (BGBl. I S. 1761), zuletzt geändert durch § 25 des Gesetzes vom 22. Oktober 1987 (BGBl. I S. 2294), wird wie folgt geändert:

1. Nach § 5b wird folgender § 5c eingefügt:

„§ 5c

§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die den gemeinsamen Einkauf zum Gegenstand haben, ohne einen Bezugszwang für die beteiligten Unternehmen zu begründen, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und der Vertrag oder Beschluß dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern."

2. § 9 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt gefaßt:

„Verträge und Beschlüsse der in den §§ 2, 3, 5 Abs. 1, § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 1, §§ 5c und 6 Abs. 1 bezeichneten Art sowie ihre Änderungen und Ergänzungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der Kartellbehörde."

b) In Absatz 4 wird die Verweisung „§§ 2 bis 5b" durch „§§ 2 bis 5c" ersetzt.

3. In § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 wird die Verweisung „§§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 4, § 5a Abs. 1 sowie § 5b Abs. 1" durch „§§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 4, § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 1 sowie § 5c" ersetzt.

4. In § 12 Abs. 1 wird die Verweisung „§§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 4, § 5a Abs. 1 und § 5b Abs. 1" durch „§§ 2, 3, 5 Abs. 1 und 4, § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 1 und § 5c" ersetzt.

5. § 22 Abs. 1 wird wie folgt gefaßt:

„(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder

2. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind insbesondere sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen."

6. § 23 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Sätze 1 und 2 wie folgt gefaßt:

„(1) Der Zusammenschluß von Unternehmen ist dem Bundeskartellamt unverzüglich anzuzeigen, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt im letzten vor dem Zusammenschluß endenden Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mindestens 500 Millionen Deutscher Mark hatten. Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 des Aktiengesetzes oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, so sind für die Berechnung der Umsatzerlöse sowie von Marktanteilen die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen; wirken mehrere Unternehmen aufgrund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise derart zusammen, daß sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluß auf ein beteiligtes Unternehmen ausüben können, so gilt jedes von ihnen als herrschendes Unternehmen."

b) In Absatz 1 Satz 8 werden nach dem Wort „Marktanteile" das Komma und die Worte „der Beschäftigtenzahl" gestrichen.

c) Absatz 1 Satz 9 wird wie folgt gefaßt:

„Satz 8 gilt entsprechend für den Erwerb von Anteilen, soweit dabei weniger als 25 vom Hundert der Anteile beim Veräußerer verbleiben und der Zusammenschluß nicht die Voraussetzungen des Absatzes 2 Nr. 2 Satz 3, Nr. 5 oder Nr. 6 erfüllt."

d) In Absatz 2 Nr. 2 Buchstaben a und b werden jeweils die Worte „des stimmberechtigten Kapitals" durch die Worte „des Kapitals oder der Stimmrechte" ersetzt.

e) In Absatz 2 Nr. 2 wird der Satz 5 gestrichen.

f) In Absatz 2 wird nach der Nummer 5 folgende Nummer 6 eingefügt:

„6. Jede Verbindung von Unternehmen der in Nummer 2, 4 oder 5 genannten Art, bei der ein geringerer als der in Nummer 2 Satz 1 Buchstabe a genannte Anteil erworben, eine Rechtsstellung nach Nummer 2 Satz 4 nicht verschafft, der Umfang der Personengleichheit nach Nummer 4 nicht erreicht und ein beherrschender Einfluß im Sinne der Nummer 5 nicht ermöglicht wird, sofern durch die Verbindung ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können."

g) Absatz 5 Satz 2 Nr. 3 wird wie folgt gefaßt:

„3. die Marktanteile einschließlich der Grundlagen für ihre Berechnung oder Schätzung, wenn diese im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil desselben für die beteiligten Unternehmen zusammen mindestens 20 vom Hundert erreichen, und die Umsatzerlöse; an Stelle der Umsatzerlöse sind bei Kreditinstituten und Bausparkassen die Bilanzsumme, bei Versicherungsunternehmen die Prämieneinnahmen anzugeben."

h) In Absatz 5 Satz 2 Nr. 4 wird die Verweisung „(Absatz 2 Nr. 2)" gestrichen.

i) Absatz 5 Satz 3 wird wie folgt gefaßt:

„Ist ein beteiligtes Unternehmen ein im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 verbundenes Unternehmen, so sind die in Satz 2 Nr. 1 und 2 geforderten Angaben auch über die so verbundenen Unternehmen und die in Satz 2 Nr. 3 geforderten Angaben über jedes am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen und die mit ihm so verbundenen Unternehmen insgesamt zu machen sowie die Konzernbeziehungen, Abhängigkeits- und Beteiligungsverhältnisse zwischen den verbundenen Unternehmen mitzuteilen."

7. § 24a wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden nach Satz 2 Nr. 3 der Punkt durch einen Strichpunkt ersetzt und folgender Teilsatz angefügt:

„dies gilt nicht für Zusammenschlüsse nach § 23 Abs. 2 Nr. 6."

b) In Absatz 1 Satz 3 wird die Verweisung „§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2" durch „§ 23 Abs. 1 Satz 1" ersetzt.

8. In § 25 Abs. 3 Nr. 1 wird die Verweisung „§ 99 Abs. 2" durch „§ 99 Abs. 1" ersetzt.

9. § 26 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt gefaßt:

„(2) Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 2 bis 8, 99 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie Abs. 2, § 100 Abs. 1 und 7, §§ 102 und 103 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 16, 100 Abs. 3 oder § 103 Abs. 1 Nr. 3 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Satz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Es wird vermutet, daß ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 2 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden."

b) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern."

10. § 34 wird aufgehoben.

11. In § 37a wird Absatz 3 gestrichen.

12. § 38 Abs. 1 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 2 wird wie folgt gefaßt:

„2. sich vorsätzlich oder fahrlässig über die Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, den die Kartellbehörde nach § 3 Abs. 4, § 12 Abs. 3 Nr. 3 auch in Verbindung mit § 102 Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 3, § 17 Abs. 1, §§ 18, 22 Abs. 5, § 24 Abs. 7 Nr. 3, § 102a Abs. 2, § 103 Abs. 6 Nr. 3, § 103a Abs. 3 oder § 104 Abs. 2 Nr. 3 durch unanfechtbar gewordene Verfügung für unwirksam erklärt hat,".

b) Nummer 4 wird wie folgt gefaßt:

„4. vorsätzlich oder fahrlässig einer unanfechtbar gewordenen Verfügung nach Absatz 3, § 12 Abs. 3 Nr. 1 auch in Verbindung mit § 102 Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 3, § 17 Abs. 1, §§ 18, 22 Abs. 5, § 24 Abs. 7 Nr. 2, §§ 27, 37a, 38a Abs. 3 oder 6, § 102a Abs. 2, § 103 Abs. 6 Nr. 1 oder § 104 Abs. 2 Nr. 1 zuwiderhandelt, soweit sie ausdrücklich auf diese Bußgeldvorschrift verweist,".

c) In Nummer 7 wird die Verweisung „§§ 2, 3, 5a Abs. 1 und 3 oder § 5b Abs. 2" durch „§§ 2, 3, 5a Abs. 1 und 3, § 5b Abs. 2 oder § 102 Abs. 1" ersetzt.

d) Nummer 9 wird wie folgt gefaßt:

„9. einem anderen wirtschaftlichen Nachteil zufügt, weil dieser ein Einschreiten der Kartellbehörde beantragt oder angeregt oder von den ihm nach § 13 zustehenden Rechten Gebrauch gemacht hat,".

13. In § 39 Abs. 1 Nr. 2 wird die Verweisung „§ 23 Abs. 1 bis 5" durch „§ 23 Abs. 1, 2 Nr. 1 bis 5, Abs. 3 bis 5" ersetzt.

14. In § 56 Nr. 3 wird die Verweisung „§ 102 Abs. 4 oder 5" durch „§ 102 Abs. 2 oder 3" ersetzt.

15. § 58 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 2 wird wie folgt gefaßt:

„2. die einen Widerspruch der Kartellbehörde nach § 2 Abs. 3, § 3 Abs. 3, § 5a Abs. 3, § 5b Abs. 2 oder § 102 Abs. 1 enthalten."

b) In Nummer 4 wird die Verweisung „§ 102 Abs. 4 oder 5" durch „§ 102 Abs. 2 oder 3" ersetzt.

16. In § 63 Abs. 1 Nr. 2 wird die Verweisung „§ 102 Abs. 4 oder 5" durch „§ 102 Abs. 2 oder 3" ersetzt.

17. In § 70 Abs. 1 werden folgende Sätze 3 und 4 angefügt:

„Das Beschwerdegericht kann hiervon abweichen, soweit Beigeladenen aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, Akteneinsicht nicht gewährt und der Akteninhalt aus diesen Gründen auch nicht vorgetragen worden ist. Dies gilt nicht für solche Beigeladene, die an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, daß die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann."

18. In § 71 Abs. 2 werden folgende Sätze 4 bis 6 angefügt:

„Das Beschwerdegericht kann die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, verlangt wird, nach Anhörung des von der Offenlegung Betroffenen durch Beschluß anordnen, soweit es für die Entscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache für die Sicherung des Wettbewerbs das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt. Der Beschluß ist zu begründen. In dem Verfahren nach Satz 4 muß sich der Betroffene nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen."

19. § 80 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 wird wie folgt gefaßt:

„1. Anmeldungen nach § 9 Abs. 1 — auch in Verbindung mit § 103 Abs. 3 und § 103a Abs. 1 Satz 3 —, § 24a Abs. 1, § 38 Abs. 2 Nr. 2 und 3, § 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 Satz 2, § 102 Abs. 1 sowie § 102a Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Satz 1;".

b) In Absatz 2 Satz 2 wird die Nummer 3 wie folgt gefaßt:

„3. Anzeigen nach § 23, es sei denn, es liegt ein Fall von § 24 Abs. 8 vor oder der Zusammenschluß ist nach § 24a angemeldet worden;".

Die bisherige Nummer 3 in Absatz 2 wird Nummer 4.

c) Absatz 2 Satz 6 wird wie folgt gefaßt:

„Auf die Gebühr für die Untersagung eines Zusammenschlusses nach § 24 Abs. 2 Satz 1 sind die Gebühren für die Anmeldung des Vorhabens eines Zusammenschlusses nach § 24a Abs. 1 und für die Anzeige des Zusammenschlusses nach § 23 Abs. 1 anzurechnen."

d) Absatz 3 Satz 2 wird wie folgt gefaßt:

„Die Gebührensätze dürfen jedoch vorbehaltlich des Absatzes 3a nicht übersteigen

1. 100 000 DM in den Fällen der §§ 23, 24 und 24a;

2. 50 000 DM in den Fällen der §§ 4, 5 Abs. 2 und 3, § 6 Abs. 2, §§ 7, 8, 22 Abs. 5 und § 102 Abs. 1 — auch in Verbindung mit Abs. 3 —;

3. 30 000 DM in den Fällen der §§ 2 und 3;

4. 15 000 DM in den Fällen der §§ 5a, 5b und 5c;

5. 10 000 DM in den Fällen des § 6 Abs. 1, § 17 Abs. 1, §§ 18, 20 Abs. 3, §§ 21, 28 Abs. 3, § 38 Abs. 3, § 38a Abs. 3 und 6, § 102 Abs. 2 — auch in Verbindung mit Abs. 3 —, § 102a Abs. 2, § 103 Abs. 6, § 103a Abs. 3 und § 104 Abs. 2;

6. 5 000 DM in den Fällen des § 5 Abs. 1, § 27 Abs. 1, §§ 37a, 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 Satz 2, § 102a Abs. 1 Satz 3, § 103 Abs. 3 und § 103a Abs. 1 Satz 3;

7. 2 500 DM in den Fällen des § 38 Abs. 2 Nr. 2 und 3;

8. 2 000 DM in den Fällen des § 17 Abs. 1, soweit es sich in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift um Preisempfehlungen handelt;

9. 1 000 DM in den Fällen des § 5 Abs. 4, § 91 Abs. 1;

10. 500 DM in den Fällen des § 99 Abs. 1 Nr. 2;

11. 35 DM für die Erteilung beglaubigter Abschriften (Absatz 2 Nr. 4);

12. a) in den Fällen des § 6 Abs. 4, §§ 11 und 27 Abs. 3 den Betrag für die Erteilung der Erlaubnis oder die Anordnung der Aufnahme (Nr. 2 und 6),

b) in den Fällen der §§ 12, 102 Abs. 4 und § 104 den Betrag für die Anmeldung (Nr. 2 bis 6) und 500 DM für Verfügungen in bezug auf Verträge oder Beschlüsse der in § 100 Abs. 1 und 7 bezeichneten Art,

c) in den Fällen der §§ 14, 105 zwei vom Hundert des Wertes der Sicherheit,

d) im Falle des § 31 Abs. 3 den Betrag für die Entscheidung nach § 28 Abs. 3 (Nr. 5),

e) in den Fällen des § 56 ein Fünftel der Gebühr in der Hauptsache."

e) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:

„(3a) Bis zum 31. Dezember 1991 betragen die in Absatz 3 Satz 2 genannten Gebührensätze drei Viertel der dort in Deutscher Mark angegebenen Beträge."

f) Absatz 7 Nr. 3 wird wie folgt gefaßt:

„3. in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2 Nr. 3, wer angezeigt hat,".

g) Absatz 7 Nr. 4 wird wie folgt gefaßt:

„4. in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2 Nr. 4, wer die Herstellung der Abschriften veranlaßt hat;".

Die bisherige Nummer 4 in Absatz 7 wird Nummer 5.

20. In § 91 Abs. 1 Satz 1 wird die Verweisung „§§ 1 bis 5b, 7, 8, 29, 99 Abs. 2 Nr. 1a bis 4, §§ 100, 102, 102a und 103" durch „§§ 1 bis 5c, 7, 8, 29, 99 Abs. 1 Nr. 2, §§ 100, 102, 102a und 103" ersetzt.

21. § 99 wird wie folgt gefaßt:

„§ 99

(1) Die §§ 1 und 38 Abs. 1 Nr. 11 finden keine Anwendung auf

1. Verträge von Luftfahrtunternehmen und Unternehmen der Binnenschiffahrt sowie Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen, wenn und soweit sie Beförderungsleistungen über die Grenzen des Gebiets hinaus zum Gegenstand haben, in dem der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Anwendung findet;

2. Verträge von Unternehmen sowie Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen, die sich mit der Beförderung von Personen befassen, wenn und soweit sie der aus öffentlichen Verkehrsinteressen erforderlichen Einrichtung und befriedigenden Bedienung, Erweiterung oder Änderung von Verkehrsverbindungen im Sinne des § 8 Abs. 3 des Personenbeförderungsgesetzes dienen und bei der Genehmigungsbehörde angemeldet sind, die die Anmeldung an die Kartellbehörde weiterleitet; Verfügungen nach diesem Gesetz, die solche Verträge, Beschlüsse oder Empfehlungen betreffen, ergehen im Benehmen mit der zuständigen Genehmigungsbehörde;

3. Verträge von Eisenbahnunternehmen untereinander oder mit anderen Verkehrsunternehmen, die dazu dienen, Entgelte oder Bedingungen aufeinander abzustimmen, wenn und soweit sie staatlich festgesetzt oder genehmigt werden, sowie entsprechende Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen.

(2) § 38 Abs. 1 Nr. 11 findet keine Anwendung auf Preisempfehlungen von Vereinigungen von

1. Spediteuren für die Versendung von Gütern im Spediteursammelgutverkehr mit Eisenbahn und Kraftwagen;

2. Unternehmen, die den Güterumschlag, die Güterbeförderung und die Güterlagerung und die damit verbundenen Nebenleistungen in den deutschen Flug-, See- und Binnenhäfen sowie die Vermittlung dieser Leistungen, die Vermittlung der Befrachtung und die Abfertigung von See- und Binnenschiffen einschließlich der Schlepperhilfe zum Gegenstand haben.

Diese Preisempfehlungen sind nur zulässig, wenn sie

a) von der Vereinigung, die sie ausgesprochen hat, bei der Kartellbehörde unter Beifügung der Stellungnahmen der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Wirtschaftskreise angemeldet worden sind und

b) gegenüber den Empfehlungsempfängern ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird."

22. § 102 wird wie folgt gefaßt:

„§ 102

(1) Die §§ 1, 15 und 38 Abs. 1 Nr. 11 gelten nicht für Verträge und Empfehlungen von Kreditinstituten oder Versicherungsunternehmen sowie für Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen, wenn sie

1. im Zusammenhang mit Tatbeständen stehen, die auf Grund eines Gesetzes der Genehmigung oder Überwachung durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen oder durch die Versicherungsaufsichtsbehörden der Länder unterliegen, und

2. geeignet und erforderlich sind, die Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung insbesondere durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit oder

durch Vereinheitlichung von Vertragsbedingungen zu heben oder zu erhalten und dadurch die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern; der zu erwartende Erfolg muß in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen.

Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen der in Satz 1 bezeichneten Art sind bei der Kartellbehörde anzumelden, die eine Ausfertigung der Anmeldung an die zuständige Aufsichtsbehörde weiterleitet. Bei der Anmeldung ist zu begründen, daß die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen. Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen der in Satz 1 bezeichneten Art werden nur wirksam oder sind nur zulässig, wenn die Kartellbehörde

— innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung nicht widerspricht oder

— vor Ablauf dieser Frist demjenigen, der die Anmeldung bewirkt hat, schriftlich mitteilt, daß sie nicht widersprechen wird.

Innerhalb der Frist nach Satz 4 soll die Kartellbehörde den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Wirtschaftskreisen Gelegenheit zur Stellungnahme geben.

(2) § 15 findet auf Verträge, die einen Einzelfall betreffen, keine Anwendung; die §§ 1 und 15 finden auf die für den Einzelfall vereinbarte gemeinsame Übernahme von Einzelrisiken im Mit- und Rückversicherungsgeschäft sowie im Konsortialgeschäft der Kreditinstitute keine Anwendung. Auf derartige Verträge finden Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 und § 12 entsprechende Anwendung.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für die in § 1 Abs. 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes genannten Unternehmen.

(4) Für die in Absatz 1 genannten Fälle gelten die §§ 9, 10, 12, 13, 14 und 38 Abs. 3 entsprechend. Bei der Bekanntmachung nach § 10 hat die Kartellbehörde schutzwürdige Belange Dritter zu berücksichtigen; sie kann aus diesem Grunde und in Fällen offensichtlich geringfügiger Beschränkung des Wettbewerbs von der Bekanntmachung absehen.

(5) Die Kartellbehörde erläßt Verfügungen nach den Absätzen 1, 2 und 4 im Benehmen mit der zuständigen Aufsichtsbehörde. Gibt die Aufsichtsbehörde in Ausübung ihrer gesetzlichen Befugnisse eine förmliche Erklärung ab, so sind die damit verbundenen Festlegungen einer wettbewerblichen Überprüfung entzogen.

(6) Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen, die vor Inkrafttreten der Absätze 1 bis 5 wirksam geworden sind, bleiben auch danach wirksam. Die Kartellbehörde hat sie binnen einer Frist von drei Jahren nach Inkrafttreten der Absätze 1 bis 5 für unwirksam oder unzulässig zu erklären, wenn sie den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 nicht entsprechen. Absatz 5 findet Anwendung."

23. In § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 wird der letzte Satz aufgehoben.

24. § 103a wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird der Satz 2 wie folgt gefaßt:

„Eine Vereinbarung der in § 103 Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Art über die Versorgung mit Elektrizität oder Gas ist insoweit unwirksam, als sie einen Beteiligten verpflichtet, nach Ende der Laufzeit eines Vertrages der in § 103 Abs. 1 Nr. 2 bezeichneten Art hinsichtlich des Gebiets, auf das sich dieser Vertrag bezog, eine unmittelbare öffentliche Versorgung zu unterlassen oder für den Fall, daß ein Dritter die unmittelbare Versorgung übernimmt, diesen weder unmittelbar noch mittelbar zu beliefern."

Der bisherige Satz 2 wird Satz 3.

b) In Absatz 4 wird der Satz 3 wie folgt gefaßt:

„Wenn ein Vertrag der in § 103 Abs. 1 Nr. 2 bezeichneten Art gemäß Satz 1 oder 2 endet, findet Absatz 1 Satz 2 Anwendung."

Der bisherige Satz 3 wird Satz 4. In Satz 4 wird die Verweisung „Absatz 1 Satz 2" durch „Absatz 1 Satz 3" ersetzt.

25. § 104 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird die Verweisung „§ 99 Abs. 2" durch „§ 99 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie Abs. 2" ersetzt.

b) Dem Absatz 1 wird folgender Satz 2 angefügt:

„In den Fällen des § 99 Abs. 2 liegt ein Mißbrauch insbesondere vor, wenn die Empfehlung zum Ausschluß wesentlichen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt führt; § 38a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 gilt entsprechend."

26. § 105 wird wie folgt gefaßt:

„In den Fällen des § 99 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und der §§ 100, 102, 102a und 103 finden die §§ 13 und 14 entsprechende Anwendung."

Artikel 2

Änderung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317), zuletzt geändert durch Artikel 6 § 2 des Gesetzes vom 25. Juli 1986 (BGBl. I S. 1142), wird wie folgt geändert:

In § 11 Nr. 1 werden das letzte Komma und die Worte „sowie bei Leistungen, auf deren Preise § 99 Abs. 1

oder 2 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung findet" gestrichen.

Artikel 3

Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Der Bundesminister für Wirtschaft kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekanntmachen.

Artikel 4

Berlin-Klausel

Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes auch im Land Berlin.

Artikel 5

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 1990 in Kraft.

Begründung

I. Allgemeines

1. *Vorgeschichte*

Nach der Ankündigung im Jahreswirtschaftsbericht 1987 hat die Bundesregierung das GWB umfassend daraufhin überprüft, ob eine Novellierung notwendig ist. Besondere Schwerpunkte waren die Entwicklung im Lebensmittelhandel und die kartellrechtlichen Ausnahmebereiche. Die Überprüfung ist von der im Bundeswirtschaftsministerium im Frühjahr 1987 eingerichteten „Arbeitsgruppe Wettbewerbsrecht" durchgeführt worden, die die betroffenen Verbände angehört und Notwendigkeit und Möglichkeiten für eine Änderung des Kartellgesetzes eingehend untersucht hat.

Auf der Grundlage der Ergebnisse der Arbeitsgruppe und nach Vorgesprächen in der Koalition hat die Bundesregierung am 29. Juni 1988 Eckwerte für eine 5. Kartellgesetznovelle beschlossen. Sie bildeten die Basis für den Referentenentwurf vom 30. September 1988. Die betroffenen Verbände erhielten in vier Anhörungen im November 1988 Gelegenheit, sich dazu zu äußern. Im Lichte dieser Stellungnahmen wurde der vorliegende Gesetzentwurf erstellt.

2. *Ziele und Gründe des Entwurfs*

Ziel des Entwurfs ist insbesondere die Verbesserung und wirksamere Ausgestaltung der bestehenden Instrumente der Fusions- und Verhaltenskontrolle im Hinblick auf die Situation im Handel und die Beseitigung zu weitgehender Sondervorschriften in den Ausnahmebereichen.

Nicht notwendig erscheint hingegen eine grundlegende Überarbeitung des Kartellgesetzes. National betrachtet ist dies nicht nötig, weil sich das GWB durchaus bewährt hat. In europäischer Perspektive wäre eine systematische Überarbeitung verfrüht, da die endgültige Ausformung des europäischen Wettbewerbsrechts sich noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit abzeichnet.

a) Anlaß zu begrenzten Korrekturen des Kartellgesetzes gibt die Entwicklung im Handel, insbesondere im Lebensmittelhandel. Wenn auch gegenwärtig auf der Nachfrage- wie Anbieterseite des Lebensmittelhandels wesentlicher Wettbewerb herrscht, so bereiten doch Ausmaß und Geschwindigkeit der Konzentrationsentwicklung im Lebensmitteleinzelhandel Sorgen. Im Jahre 1987 kam es hier mit einem übernommenen Umsatzvolumen von 24,9 Mrd. DM zu einer außerordentlichen Fusionswelle, die allerdings im Jahre 1988 mit einem übernommenen Umsatzvolumen von 4,5 Mrd. DM wieder deutlich abgeebbt ist. Um Vorsorge gegen eine denkbare künftige Gefährdung des Wettbewerbs zu treffen und die Bekämpfung wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen zu erleichtern, sollen die vorhandenen Möglichkeiten für eine Verbesserung und Ergänzung des bestehenden kartellgesetzlichen Instrumentariums der Fusions- und Verhaltenskontrolle im Rahmen des gegenwärtigen Systems verwirklicht werden.

b) Die Überprüfung der kartellrechtlichen Ausnahmebereiche hat ergeben, daß die Gründe für ihre Rechtfertigung in erheblichem Umfang nicht mehr tragfähig sind. Daher sollen zu weitgehende Sondervorschriften beseitigt und mehr Wettbewerb ermöglicht werden. Der Abbau nicht mehr gerechtfertigter kartellrechtlicher Privilegien orientiert sich zugleich am europäischen Recht. Der EWG-Vertrag, dessen kartellrechtliche Vorschriften auf dem Verbotsprinzip beruhen, kennt keine Ausnahmebereiche für einzelne Wirtschaftssektoren.

c) Durch weitere Gesetzesänderungen soll dem sonstigen Bedarf an Anpassungen und Ergänzungen Rechnung getragen werden, der sich aufgrund von seit der letzten Novellierung im Jahre 1980 eingetretenen Entwicklungen ergeben hat.

3. *Grundzüge des Entwurfs*

a) Im Hinblick auf den Handel sieht der Gesetzentwurf Änderungen in folgenden Bereichen vor:

- Erweiterung der im Gesetz genannten Kriterien, die bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung zu berücksichtigen sind, um nachfragebezogene Elemente insbesondere zur Verbesserung der Fusionskontrolle (§ 22 Abs. 1 Nr. 2),
- wirksamere Gestaltung der Vorschrift gegen die unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Unternehmen durch Wettbewerber mit überlegener Marktmacht (§ 26 Abs. 4),
- Verbesserung der Beweissituation des Klägers bei wettbewerbsschädlichem Verhalten im Vertikalverhältnis (§ 26 Abs. 2 Satz 3),
- Einschränkung des Diskriminierungsverbots insbesondere im Hinblick auf die Belieferungspflicht für relativ marktstarke Unternehmen (§ 26 Abs. 2 Satz 2),
- Einführung eines Freistellungstatbestands für Einkaufskooperationen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen (§ 5c).

aa) Durch die Erweiterung der in § 22 Abs. 1 Nr. 2 genannten Kriterien soll sichergestellt werden, daß bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung die für die Bewertung der Nach-

fragemacht maßgeblichen Elemente angemessen berücksichtigt werden. Zu diesem Zweck werden „die Fähigkeit" des betreffenden Unternehmens, „sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen", und „die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen", als zusätzliche Gesichtspunkte in das Gesetz aufgenommen.

Dies ist insbesondere für die Möglichkeit der Untersagung von Fusionen durch das Bundeskartellamt gemäß § 24 von Bedeutung. Denn ein solches Verbot setzt voraus, daß ein Zusammenschluß zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Nach der Bestimmung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 ist ein Unternehmen dann marktbeherrschend, wenn es eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Die Feststellung einer derartigen Marktstellung beruht auf der komplexen Bewertung aller einschlägigen Faktoren, von denen die wichtigsten im Gesetz (§ 22 Abs. 1 Nr. 2) beispielhaft hervorgehoben sind. Die Einfügung zusätzlicher Elemente beruht auf folgenden Grundgedanken: Breit sortierte große Handelsunternehmen weisen im Vergleich zur herstellenden Industrie eine größere Umstellungsflexibilität auf. Daraus ergibt sich für sie ein zusätzlicher Handlungsspielraum. Wegen der spezifischen Funktion des Handels kommt der zunehmenden Begrenzung der Auswahlalternativen der Marktgegenseite bei wachsender Größe der Handelsunternehmen eine besondere Bedeutung zu. Beide Faktoren tragen dazu bei, daß eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern auf der Nachfrageseite schon bei deutlich niedrigeren Marktanteilen als auf der Angebotsseite vorliegen kann. Mit der ausdrücklichen Einbeziehung der genannten nachfragetypischen Elemente soll insbesondere erreicht werden, daß eine Fusion zwischen zweien der sechs Großen im Lebensmittelhandel untersagt werden kann, sofern dadurch ein herausragendes Unternehmen entstünde. Außerdem wird auch der Fall eines sich verengenden Oligopols mit wachsendem Abstand zu den übrigen Wettbewerbern, sofern zwischen den Mitgliedern kein wesentlicher Wettbewerb mehr bestehen sollte, erfaßt. Mit dieser Lösung wird eine Abkoppelung von dem für unser System der Fusionskontrolle zentralen Begriff der Marktbeherrschung und eine Sektoralisierung der Fusionskontrolle vermieden.

bb) Gegen die unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Unternehmen durch Wettbewerber mit gegenüber diesen überlegener Marktmacht wird in § 26 Abs. 4 eine neue Verbotsnorm geschaffen. Ihre Voraussetzungen sind gegenüber dem geltenden § 37a Abs. 3 so vereinfacht, daß es im wesentlichen nur noch auf zwei hinreichend klare Tatbestandsmerkmale ankommt, nämlich die „gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegene Marktmacht" und die unmittelbare oder mittelbare unbillige Behinderung. Die Ersetzung des bloßen Untersagungstatbestands durch eine Verbotsnorm ermöglicht den betroffenen kleinen und mittleren Unternehmen sowie den Verbänden zur Förderung von deren gewerblichen Interessen, gegen einen Gesetzesverstoß vor den Zivilgerichten zu klagen.

Nachdem sich der geltende § 37a Abs. 3 als wenig effizient erwiesen hat, verfolgt die Änderung das Ziel, die gesetzliche Regelung wirksamer zu gestalten, indem unnötige Anwendungshindernisse beseitigt und die Privatinitiative der Betroffenen für den Wettbewerbsschutz mobilisiert werden. Hinsichtlich der mit der neuen Regelung verknüpften Beweisfragen kann darauf vertraut werden, daß die Rechtsprechung wie schon bisher im Wettbewerbsrecht und auf anderen Rechtsgebieten den Klägern aus für sie unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten durch Gewährung von Beweiserleichterungen heraushelfen wird, soweit dies nach Treu und Glauben geboten ist. In diesem Zusammenhang ist u. a. auf die aus Treu und Glauben entwickelte Aufklärungspflicht des Beklagten im Prozeß und insbesondere das Rechtsinstitut des Beweises des ersten Anscheins hinzuweisen. Bei Würdigung der Rechtsprechung erscheint hinreichend sichergestellt, daß entscheidungserhebliche Tatsachen, die in der ausschließlichen Wissenssphäre des Anspruchsgegners liegen, nicht vom Anspruchsteller zu beweisen sind, sofern er Umstände nachweist, die den Verdacht der unbilligen Behinderung begründen, und dem Anspruchsgegner die Aufklärung ohne weiteres möglich und zumutbar ist.

cc) Die Beweissituation des Klägers bei wettbewerbsschädlichem Verhalten im Vertikalverhältnis wird dadurch verbessert, daß die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 Satz 3, die nach bisheriger Gesetzeslage ausschließlich für das kartellbehördliche Untersagungsverfahren gilt, generell gefaßt wird, so daß sie in Zukunft auch im Zivilprozeß wirkt.

Diese Gesetzesänderung dient der Erleichterung des zivilrechtlichen Vorgehens sowohl bei Diskriminierungen im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 2 als auch in den Fällen des § 26 Abs. 3, in denen ein Nachfrager einen Anbieter dazu zwingt, ihm sachlich ungerechtfertigte Vorzugsbedingungen zu gewähren.

dd) Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 Satz 2, dem relativ marktstarke Unternehmen unterliegen, wird auf das Verhalten gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen eingeschränkt. Dies hat insbesondere für die Belieferungspflicht von solchen nicht marktbeherrschenden Unternehmen Bedeutung, von denen bestimmte Nachfrager mangels Ausweichmöglichkeiten abhängig sind.

Da bei den heutigen Marktrealitäten im Verhältnis zwischen nicht marktbeherrschenden Herstellern in der Industrie und großen Unternehmen des Handels eine Belieferungspflicht nicht mehr notwendig erscheint, soll mit der Gesetzesänderung das Verbot auf das Maß des Erforderlichen eingeschränkt werden. Zugleich sollen nur relativ marktstarke Normadressaten gegenüber großen Unternehmen wieder ihre volle Gestaltungsfreiheit insbesondere beim Absatz erhalten.

ee) Durch § 5c wird für Einkaufskooperationen eine neue Freistellungsmöglichkeit vom Kartellverbot in Form eines Anmeldeverfahrens geschaffen. Voraussetzung ist, daß der jeweilige Vertrag oder Beschluß der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen dient. Ihre Grenze findet die Freistellungsmöglichkeit dort, wo die Kooperation den Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinträchtigt oder einen Bezugszwang enthält.

Nachdem aufgrund der Rechtsprechung des Kammergerichts insbesondere im Fall Selex und Tania (WuW OLG 3737) die kartellrechtliche Zulässigkeit von Einkaufskooperationen grundsätzlich in Frage gestellt erscheint, sollen durch die neue Vorschrift wettbewerbspolitisch wünschenswerte Einkaufskooperationen rechtlich abgesichert werden. Die vorgesehene Bestimmung entspricht der seit jeher positiven wettbewerbspolitischen Bewertung von Einkaufskooperationen durch die Bundesregierung und die Kartellbehörden. Viele kleine und mittlere Unternehmen wären ohne die Teilnahme an Einkaufskooperationen gegenüber Großbetrieben nicht wettbewerbsfähig. Ihre Zusammenarbeit liegt zudem im Interesse der Gewährleistung einer vielfältigen Angebotsstruktur. Der wettbewerbspolitische Wert von Einkaufskooperationen wird vor dem Hintergrund der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel besonders deutlich. Materielles Ziel der Norm ist daher der „strukturelle Nachteilsausgleich" für kleine und mittlere Unternehmen, d. h. der Ausgleich von Vorteilen, die große Unternehmen nur kraft ihrer Größe besitzen. Zugleich sollen die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb gewährleistet werden.

b) Die Änderungen in den kartellrechtlichen Ausnahmebereichen beziehen sich auf die Sektoren

- Verkehr,
- Banken und Versicherungen sowie
- Versorgungswirtschaft.

aa) Im Ausnahmebereich Verkehr wird die Vielzahl der in § 99 enthaltenen Einzelregelungen eingeschränkt. Der im wesentlichen deklaratorische § 99 Abs. 1, der den Vorrang staatlicher Regulierungen gegenüber dem Wettbewerbsrecht zum Ausdruck bringt, wird aufgehoben. Von den Einzelfreistellungen des § 99 Abs. 2 werden solche Regelungen aufgehoben oder modifiziert, die keine praktische Bedeutung mehr haben oder durch das EG-Kartellrecht obsolet geworden sind.

Durch die Gesetzesänderung soll eine Anpassung an die heutige rechtliche und tatsächliche Situation erfolgen. Gleichzeitig stellt die Beseitigung von heute schon weitgehend nicht mehr genutzten Freistellungsmöglichkeiten einen Beitrag zur Deregulierung dar.

bb) Banken und Versicherungen werden durch die Neufassung des § 102 grundsätzlich dem Verbotsprinzip unterworfen. Jedoch sind zwei neue Sonderregelungen vorgesehen. Ein Freistellungstatbestand für auf Dauer angelegte Kooperationen oder Verträge ermöglicht es der Kartellbehörde, leistungserhaltende oder -steigernde Kooperationen, aber auch vertikale Preis- und Konditionenbindungen, die zugleich die Befriedigung des Bedarfs verbessern, nach vorheriger Anmeldung zuzulassen. Die zweite Sondervorschrift für sog. Ad-hoc-Geschäfte befreit auf einen Einzelfall beschränkte Kooperationen und vertikale Verträge, die schon nach geltendem Recht nicht angemeldet werden müssen, von der vorherigen Anmeldepflicht. Die Kartellbehörde erläßt ihre Entscheidung im Benehmen mit der zuständigen Fachaufsichtsbehörde.

Mit der Einführung des Verbotsprinzips wird die Konsequenz daraus gezogen, daß die Gründe für die Einführung des Mißbrauchsprinzips für Banken und Versicherungen heute überholt sind. Zugleich erfolgt eine Anpassung an das EG-Wettbewerbsrecht, das keine generellen, ganze Branchen umfassende Ausnahmen vom Verbotsprinzip kennt. Im Hinblick auf das gegenüber dem GWB flexiblere EG-Wettbewerbsrecht und die sich in ersten Fällen abzeichnende großzügigere Entscheidungspraxis der EG-Kommission soll den deutschen Kartellbehörden durch die genannten Sonderregelungen ein flexibles Instrument an die Hand gegeben werden, um Banken und Versicherungen im nationalen Raum nicht strengeren Regeln zu unterwerfen als im Anwendungsbereich des EG-Rechts.

cc) Durch Änderungen an den kartellrechtlichen Ausnahmevorschriften für die Versorgungswirtschaft sollen die Voraussetzungen für mehr Wettbewerb in diesem Sektor verbessert werden. Die Bundesregierung entspricht mit ihren Vorschlägen auch dem Auftrag von Bundestag und Bundesrat anläßlich der 4. GWB-Novelle von 1980 zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Möglichkeiten bestehen, durch Änderungen der kartellgesetzlichen Regelungen für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft den Wettbewerb in diesem Bereich zu verstärken und gegebenenfalls Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten. Darüber hinaus wird insbesondere im Hinblick auf die europäische Entwicklung die Möglichkeit im

Auge zu behalten sein, eine weitere wettbewerbliche Auflockerung zu realisieren.

Mit der Einfügung von § 103a Abs. 1 Satz 2 wird die teilweise Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen für den Fall angeordnet, daß diese beim Auslaufen eines Konzessionsvertrages dem effektiven Wechsel des Letztversorgers entgegenstehen würden. Dies soll sicherstellen, daß der Zweck der 1980 eingeführten Befristung von Gebietsschutzverträgen erreicht wird und Wettbewerb um Versorgungsgebiete wirksam werden kann. Das Ziel der Befristung wird jedoch vereitelt, wenn wegen unterschiedlichen Ablaufs der Fristen für Gebietsschutzverträge die potentiellen alternativen Versorgungspartner blockiert sind. Die Neuregelung verhindert, daß Demarkationsverträge bei Auslaufen eines Konzessionsvertrages als Blockade gegen eine Anpassung der Versorgungsstrukturen wirken.

In dem Tatbestand über die Durchleitung von Elektrizität und Gas durch fremde Netze (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4) wird lediglich die Regelvermutung aufgehoben, daß ein Versorgungsunternehmen nicht unbillig handelt, wenn es die Durchleitung zur Versorgung eines Dritten in seinem Gebiet verweigert. Damit ist im Einzelfall anhand des allgemeinen Maßstabs der Billigkeit und der im Gesetz genannten spezifischen energiewirtschaftlichen Aspekte zu beurteilen, ob eine Durchleitungsverweigerung mißbräuchlich ist. Auf diese Weise soll die Starrheit der bisherigen Gesetzesfassung überwunden werden.

c) Neben den Änderungen in den Schwerpunktbereichen Handel und Ausnahmesektoren, die schon in den Eckwerten der Bundesregierung vom 29. Juni 1988 niedergelegt waren, enthält der vorliegende Gesetzentwurf weitere Anpassungen und Ergänzungen. Sie waren zum Teil schon Gegenstand früherer Gesetzesvorschläge im Rahmen von Entbürokratisierungsbestrebungen („Waffenschmidt-Kommission") und auf eine GWB-Novelle verschoben worden; zum Teil war ihre Prüfung auch bereits im Kabinettsbeschluß vom 29. Juni 1988 angekündigt. Hervorzuheben sind folgende Änderungen:

- Verbesserung des Zusammenschlußbegriffs, insbesondere durch Einführung eines zusätzlichen Auffangtatbestandes (§ 23 Abs. 2 Nr. 6),
- Streichung des Schriftformerfordernisses für Kartelle sowie Vertikalverträge (§ 34),
- Einschränkung der Anzeigepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen (§ 23 Abs. 1),
- Anpassung der Verfahrensvorschriften zur besseren Lösung von Konflikten zwischen Geheimnisschutz und rechtlichem Gehör im Beschwerdeverfahren (§§ 70 und 71),
- Anhebung der Gebührenhöchstsätze (§ 80 Abs. 3).

aa) Im Rahmen des Zusammenschlußbegriffs wird mit § 23 Abs. 2 Nr. 6 ein zusätzlicher Auffangtatbestand geschaffen. Danach ist jede Unternehmensverbindung, welche die bisherigen gesetzlichen Aufgreifschwellen nicht erreicht, auch dann schon als Zusammenschluß anzusehen, wenn sie zu einem wettbewerblich erheblichen Einfluß führt. Im Rahmen des geltenden Auffangtatbestandes nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 konnte nur das Erreichen eines beherrschenden Einflusses erfaßt werden.

Mit der Gesetzesänderung sollen in Zukunft auch solche Minderheitsbeteiligungen erfaßt werden, die zu wettbewerbspolitisch bedenklichen Unternehmensverbindungen führen, aber den bisherigen Zusammenschlußbegriff formal nicht erfüllen. Solche Fälle liegen insbesondere bei der Beteiligung an Wettbewerbern vor. Denn schon eine Minderheitsbeteiligung unter 25% kann, zumal wenn sie mit weiteren Einflußmöglichkeiten — z. B. Sitz und Stimme in Organen des Beteiligungsunternehmens — verbunden ist, den Wettbewerb zwischen den so verbundenen Unternehmen erheblich beschränken. Weder die derzeitige Umgehungsklausel des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 noch der geltende Auffangtatbestand des § 23 Abs. 2 Nr. 5 bieten in solchen Fällen eine effektive Handhabe.

Darüber hinaus wird der an den Anteilserwerb anknüpfende Zusammenschlußtatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 2 so angepaßt, daß die in Buchstaben a und b vorgesehenen Anteilsgrenzen nicht nur dann den Zusammenschlußbegriff erfüllen, wenn sie bei den Stimmrechten, sondern künftig auch, wenn sie lediglich beim Kapital erreicht werden.

Ohne diese beiden Erweiterungen blieben Gestaltungen möglich, mit denen die Entscheidung des Gesetzgebers für eine wirksame Fusionskontrolle im praktischen Ergebnis in Frage gestellt würde.

bb) Mit der Aufhebung des § 34 wird auf das Schriftformerfordernis für Kartellverträge und -beschlüsse sowie für Vertikalverträge verzichtet.

Damit soll im Interesse der Deregulierung eine überflüssige Vorschrift beseitigt werden. § 34 ist zur vollständigen Information der Kartellbehörden und Gerichte nicht erforderlich, da die Information über Kartelle bereits durch das Anmeldeerfordernis gewährleistet ist. Die Formvorschrift stellt zudem auch deswegen eine Belastung für die Wirtschaft dar, weil sie häufig mißbraucht wird, um sich nachträglich aus vertraglichen Verpflichtungen zu lösen.

cc) Aufgrund der Einschränkung der Anzeigepflicht müssen Unternehmenszusammenschlüsse nicht mehr wegen des Erreichens bestimmter Marktanteile oder Beschäftigtenzahlen der Kartellbehörde angezeigt werden.

Damit werden auch entsprechend den Deregulierungsbemühungen der Bundesregierung kleinere und mittlere Unternehmen bei Zusammenschlüssen entlastet.

dd) Zur besseren Lösung von Konflikten zwischen dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen und dem rechtlichen Gehör in Prozessen über kartellbehördliche Verfügungen wird ein Zwischenverfahren vor dem Beschwerdegericht über die Verwertung von Tatsachen eingeführt, deren vertrauliche Behandlung als Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vom Auskunftspflichtigen verlangt wird. In diesem Zwischenverfahren hat das Beschwerdegericht nach Anhörung des Auskunftspflichtigen und der Kartellbehörde darüber zu entscheiden, ob die Offenlegung geheimzuhaltender Tatsachen wegen der vorrangigen Durchsetzung der kartellbehördlichen Verfügung zulässig ist. Darüber hinaus erhält das Beschwerdegericht die Möglichkeit, Endentscheidungen auch auf Tatsachen und Beweismittel zu stützen, die Beigeladenen vorenthalten worden sind, die kein schutzbedürftiges rechtliches Interesse am Verfahren geltend machen können.

Durch die Einführung des Zwischenverfahrens sollen Beweisschwierigkeiten, die sich im Rahmen des gegenwärtigen § 71 Abs. 2 ergeben haben, in verfassungskonformer Weise beseitigt werden. Mit der Ermöglichung der Verwertung von Tatsachen und Beweismitteln, zu denen sich solche Beigeladene, die kein rechtlich schutzbedürftiges Interesse haben, nicht äußern konnten, wird die zu weitgehende verfahrensrechtliche Gleichstellung solcher regelmäßig nur wirtschaftlich Betroffener mit den Beschwerdeführern auf den Umfang zurückgeführt, der ihrem begrenzten Beteiligungsinteresse entspricht.

ee) Die Anhebung der Gebührenhöchstsätze in § 80 Abs. 3 geht auf eine Anregung des Bundesrechnungshofes zurück. Sie dient dem Ziel, Kostendeckung bei den gebührenpflichtigen Handlungen zu erreichen. Da nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofes durch die Einnahmen nur etwa die Hälfte der Ausgaben des Bundeskartellamtes gedeckt ist, werden die aus dem Jahre 1969 stammenden gesetzlichen Höchstsätze der seitherigen wirtschaftlichen Entwicklung und den gestiegenen Ausgaben angepaßt.

4. *Auswirkungen auf öffentliche Haushalte und Preise*

Auswirkungen auf die Ausgaben der öffentlichen Haushalte entstehen nicht. Durch die Anhebung der Gebührenhöchstsätze mit dem Ziel der Kostendekkung bei den gebührenpflichtigen Handlungen sowie die Schaffung von Gebührentatbeständen insbesondere für Anzeigen im Rahmen der Fusionskontrolle entstehen geringfügige Mehreinnahmen.

Preisliche Auswirkungen im Einzelfall und auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, lassen sich nicht quantifizieren. Von den einzelnen Regelungen gehen gegenläufige Effekte aus, die tendenziell teils preiserhöhend, teils preisdämpfend wirken.

II. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 Nr. 1

Durch § 5 c wird ein zusätzlicher Tatbestand geschaffen, der eine Freistellung von § 1 ermöglicht. Die neue Vorschrift gilt für Verträge und Beschlüsse, die den gemeinsamen Einkauf zum Gegenstand haben, wenn sie dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern und den Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigen. Kooperationen mit Bezugszwang sind jedoch von dieser Freistellungsmöglichkeit ausgeschlossen. In formeller Hinsicht kommt das sogenannte Anmeldeverfahren zur Anwendung.

Anlaß für die gesetzliche Regelung ist die Rechtsprechung des Kammergerichts insbesondere im Verfahren Selex und Tania (WuW/E OLG 3737), durch die die kartellrechtliche Zulässigkeit von Einkaufskooperationen grundsätzlich in Frage gestellt erscheint. Bereits in seinem Beschluß aus dem Jahr 1982 im Falle HFGE (WuW/E OLG 2745) stellte das Kammergericht den Verstoß einer Einkaufskooperation gegen § 1 für den Fall fest, daß sie ohne Begründung rechtlicher Bezugsverpflichtungen zu einem faktischen Bezugszwang führt. Dabei knüpfte das Kammergericht an den ZVN-Beschluß des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1975 (WuW/E BGH 1367) an, nach dem die Einigung über eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung für die Anwendbarkeit von § 1 nicht notwendig Gegenstand einer vertraglichen Bindung zu sein braucht; damit war die enge Gegenstandstheorie, die zuvor zur kartellrechtlichen Rechtfertigung von Einkaufskooperationen benutzt worden war, nicht mehr vertretbar. In dem HFGE-Beschluß ging das Kammergericht von der Auffassung aus, daß das Wesen der Nachfragewettbewerbsbeschränkung in der Aufhebung oder Einschränkung der Begrenzungswirkung liegt, die das Vorhandensein weiterer Nachfrager auf den Verhaltensspielraum eines bestimmten Nachfragers hat. Daher sah es in dem Verzicht der Kooperationsmitglieder auf eigenständige Einkaufsverhandlungen eine Wettbewerbsbeschränkung. In dem rechtskräftigen Selex- und Tania-Beschluß von 1986 stellte das Kammergericht dann fest, daß der Wettbewerb unter Nachfragern auch schon durch eine weniger weitgehende Bindung als eine faktische Bezugsverpflichtung beschränkt werden kann. Eine Herabsetzung der Begrenzungswirkung des Nachfragewettbewerbs liegt nach dieser Entscheidung schon dann vor, wenn den Anbietern durch eine Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens der Anschlußunternehmen Ausweichmöglichkeiten genommen werden. Bei dem zu beurteilenden System, das unter anderem Zentralregulierungs- und Delkredereabreden enthielt, war dies nach dem Beschluß des Kammergerichts der Fall, weil der Einkaufspreis der Kooperation

die Bedeutung eines für alle Anschlußunternehmen verbindlichen Höchstpreises erlangt hatte. Es ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der Bundesgerichtshof bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnis kommt wie das Kammergericht.

Angesichts dieser Lage erscheint es geboten, die kartellrechtliche Zulässigkeit von Einkaufskooperationen gesetzlich zu regeln und dadurch für die Zukunft Rechtssicherheit zu schaffen. Eine zeitlich unbegrenzte Duldung durch die Kartellbehörden im Rahmen ihres Verfolgungsermessens wäre keine angemessene Lösung. Die Entscheidung darüber, ob vom Kartellverbot generell und dauerhaft Ausnahmen von erheblichem Gewicht zu machen sind, ist Sache des Gesetzgebers.

Mit der gesetzlichen Regelung wird weder beabsichtigt noch bewirkt, daß für die zukünftige Auslegung des § 1 im Hinblick auf die Einkaufskooperationen eine Änderung eintritt. Die Anwendung des § 5c setzt vielmehr voraus, daß die Tatbestandsmerkmale des unveränderten § 1 erfüllt sind. Dies ist bei Verträgen und Beschlüssen von Unternehmen der Fall, die geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen.

Das Bedürfnis für den Freistellungstatbestand des § 5c ergibt sich daraus, daß § 5b zur Legalisierung der Einkaufskooperationen nicht ausreicht. Denn das Tatbestandsmerkmal der „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit", mit dem auch das Tatbestandsmerkmal der Förderung der „Leistungsfähigkeit" zusammenhängt, wird nicht von allen wettbewerbspolitisch wünschenswerten Einkaufskooperationen erfüllt. Die bloße Erzielung von günstigeren Konditionen aufgrund größerer Verhandlungsstärke infolge der Zusammenfassung von Einkaufsvolumina genügt nicht für die erforderliche Verbesserung des innerbetrieblichen Verhältnisses von Aufwand und Ertrag. Um auch in solchen Fällen eine Freistellung zu ermöglichen, wird der neue § 5c geschaffen. Je nach Gestaltung im Einzelfall kann jedoch eine weitergehende zwischenbetriebliche Zusammenarbeit beim Einkauf den Tatbestand der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge erfüllen. Solche Kooperationen, die die höheren Anforderungen nach § 5b erfüllen, können auch in Zukunft nach dieser Vorschrift behandelt werden.

Mit dem Begriff „gemeinsamer Einkauf" werden die gemäß § 5c freistellungsfähigen Tätigkeiten bestimmt. Unter „Einkauf" sind alle Aktivitäten zu verstehen, die mit der Beschaffung von Waren verbunden sind. Er umfaßt insbesondere alle Tätigkeiten von der Geschäftsanbahnung über die Geschäftsverhandlungen und den Geschäftsabschluß bis zur vollständigen Geschäftsabwicklung bei der Beschaffung. Somit gehören alle Aktivitäten von Kooperationen, durch die die Festlegung der Konditionen für Beschaffungsgeschäfte von Anschlußunternehmen erreicht oder beeinflußt wird, alle Abreden, durch die die Konditionenverbesserungen den Anschlußunternehmen zufließen, und alle Gestaltungen, die den Warenfluß zum Kooperationsmitglied hin bestimmen, zum gemeinsamen Einkauf. Soweit dabei der Nachfragewettbewerb beschränkt wird, eröffnet § 5c eine Freistellungsmöglichkeit. Neben der mehr oder weniger weitgehenden Vorabaushandlung von Konditionen kommen unter anderem die Verrechnung über die Kooperation in Form der Zentralregulierung und das Delkrederegeschäft als Anwendungsfälle in Betracht.

Nur Kooperationen, die keinen Bezugszwang für die beteiligten Unternehmen begründen, können nach § 5c freigestellt werden. Die Zulassung eines Bezugszwangs ist für die Tätigkeit der Kooperationen nicht erforderlich und wäre für den Wettbewerb schädlich. Denn durch einen Bezugszwang könnte der Bewegungsspielraum der Kooperationsmitglieder eingeengt und die Machtposition der Kooperation gegenüber der Marktgegenseite übermäßig gestärkt werden. Auch in der Vergangenheit wurden Einkaufskooperationen mit Bezugszwang grundsätzlich nicht toleriert.

Unter den Begriff des Bezugszwangs fallen alle rechtlichen Bezugsverpflichtungen und alle faktischen Bindungen, die in ihren Wirkungen einer rechtlichen Bezugspflicht gleichkommen. Durch den Ausschluß des Bezugszwangs soll sichergestellt werden, daß die Kooperationsmitglieder in der Wahl ihrer Lieferanten frei bleiben. Die wirtschaftliche Sogwirkung, die sich allein aus der Mitgliedschaft ergibt und zu einem weitgehenden Bezug über die Kooperation führt, wird von dem Begriff nicht erfaßt. Auch die bloße Verpflichtung der Mitglieder, im Falle des Bezugs bei Vertragslieferanten über die Kontorzentrale abzurechnen, fällt nicht darunter. Der Ausschluß des Bezugszwangs hindert die Freistellung gemäß § 5c nicht, wenn Kooperationen in bestimmten Sonderfällen Bezugsverpflichtungen begründen, die nicht mit ihrer Funktion als Organisation für den gemeinsamen Einkauf in wesensmäßigem Zusammenhang stehen, sondern als untergeordnetes Element anderen spezifischen Funktionen zuzurechnen sind. Insoweit gelangen die allgemeinen Regeln zur Anwendung. So soll mit § 5c im wirtschaftlichen Ergebnis die Praxis des Bundeskartellamtes hinsichtlich Bezugsbindungen im Zusammenhang mit Kredit- und Untermietverträgen sowie in vergleichbaren anderen Fällen nicht in Frage gestellt werden.

Die Voraussetzung, daß der Vertrag oder Beschluß dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, lehnt sich eng an die Formulierung des § 5b an. In diesem Tatbestandsmerkmal kommt die materielle Zielrichtung der Vorschrift zum Ausdruck, die auf den strukturellen Nachteilsausgleich unter gleichzeitiger Wahrung und Verbesserung der Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb gerichtet ist.

Mit dem Tatbestandsmerkmal „kleine oder mittlere Unternehmen" wird an einen Begriff angeknüpft, der bereits bisher in den §§ 5b und 38 Abs. 2 Nr. 1 sowie in anderem Zusammenhang in § 23a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a bzw. in anderer Formulierung in § 37a Abs. 3 (künftig § 26 Abs. 4) enthalten ist. Er soll des weiteren auch in § 26 Abs. 2 Satz 2 aufgenommen werden. Schon der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages hat bei der Einführung von § 5b darauf hingewiesen, daß der Begriff „kleine und mitt-

lere Unternehmen" eine Relation enthält, die sich aus der Stellung der betreffenden Unternehmen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern ergibt (BT-Drucksache 7/765, S. 3). Dieser Vergleich mit den Konkurrenten, die auf dem gleichen sachlichen Markt tätig sind, muß für die künftige Anwendung des § 5c und entsprechender Vorschriften, die auf kleine und mittlere Unternehmen Bezug nehmen, allein maßgeblich sein. Auf absolute Größenkriterien sollte es dagegen für die Definition der kleinen und mittleren Unternehmen nicht ankommen. Zwar hat der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages 1973 ausgeführt, der Begriff enthalte auch eine absolute Grenze, für die aus den Umsatzzahlen in den §§ 22ff. Anhaltspunkte für die Kartellbehörde hergeleitet werden könnten. Jedoch hat nicht nur die Spannweite der in der Literatur gezogenen unterschiedlichen Schlußfolgerungen gezeigt, daß aus dem Hinweis auf die §§ 22ff. keine eindeutig faßbare Größenvorstellung abgeleitet werden kann. Vor allem lassen sich angesichts der äußerst weit auseinanderliegenden Marktvolumina absolute Größengrenzen wettbewerbspolitisch nicht überzeugend rechtfertigen. In diesem Sinne wurde es auch bereits in der Regierungsbegründung zur 4. GWB-Novelle für § 23a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a ausdrücklich abgelehnt, den Begriff durch eine absolute Umsatzgröße festzuschreiben, und betont, daß es entscheidend auf die Relation ankommt (BT-Drucksache 8/2136, S. 21). Die relative Begriffsbestimmung hat zur Folge, daß auf verschiedenen Märkten die Grenze zwischen mittleren und großen Unternehmen bei ganz unterschiedlichen Umsatzzahlen verläuft. Mit der darin enthaltenen Flexibilität können die Besonderheiten der jeweiligen Marktstruktur voll berücksichtigt und unangemessene Ergebnisse vermieden werden.

Die Formulierung der Vorschrift schließt nicht aus, daß sich auch große Unternehmen an der Kooperation beteiligen. Entsprechendes hat der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages für § 5b festgestellt (BT-Drucksache 7/765, S. 3). Die Teilnahme von Großunternehmen setzt voraus, daß sie im jeweiligen Einzelfall dem Zweck dient, die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen zu verbessern. Dabei kommt es nicht allein auf die Sicht der Beteiligten, sondern entscheidend auf die objektive Eignung zur Zweckerreichung an. Ausscheiden muß die Mitgliedschaft von Unternehmen, die auf dem jeweiligen Markt zur Spitzengruppe gehören, weil sonst der Zweck des Nachteilsausgleichs in Frage gestellt wäre.

Durch die Klausel, daß durch die Kooperation der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf, bestimmt § 5c die Grenze der Freistellungsmöglichkeit in gleicher Weise wie § 5b. Es stünde im Widerspruch zu dem Zweck der Vorschrift, die Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs zu erhalten und zu verbessern, wenn Kooperationen zugelassen würden, die den Wettbewerb wesentlich beeinträchtigen. Diese Grenze der Zulässigkeit liegt unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung. Würden Einkaufskooperationen bis zur Größe der Marktbeherrschung zugelassen, so wäre dies gleichbedeutend mit einer weitgehenden Aufhebung des für Kartelle geltenden Verbotsprinzips. Für wirksamen Wettbewerb entstünden erhebliche Gefahren, insbesondere ein Trend zu größeren Einheiten bei den Einkaufskooperationen, bei ihren Konkurrenten und auf der Marktgegenseite sowie die Gefahr zunehmender Einschränkung der Wahlmöglichkeiten potentieller Kooperationsmitglieder. Auch der in § 5c als Zweck enthaltene „Nachteilsausgleich" muß an der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs seine Grenze finden, soll es nicht zu einer wettbewerbspolitisch inakzeptablen Vermachtung der Märkte, ausgerichtet am Maßstab des jeweils Größten kommen.

Aus der für die Untersagung von Fusionen maßgeblichen Schwelle der Marktbeherrschung ergibt sich kein Argument, die gleiche Schwelle auch für Freistellungen nach § 5c vorzusehen. Fusionen stellen ihrem Wesen nach eine spezielle Form unternehmerischen Wachstums dar. Anders als Kartelle, die definitionsgemäß dem Zwecke dienen, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, sind für Unternehmenszusammenschlüsse die unterschiedlichsten Zielsetzungen maßgeblich. In jedem Fall liegt in einer Fusion eine Investitionsentscheidung, verbunden mit der Übernahme des vollen unternehmerischen Risikos. Außerdem ist zu sehen, daß die Fusionskontrolle wegen ihres eigentumsbeschränkenden Charakters stärker in die Dispositionsfreiheit der Unternehmen eingreift als das Kartellverbot. Dem entspricht es, daß das Kartellgesetz eine differenzierende Betrachtung vornimmt. Kartelle sind grundsätzlich verboten, Fusionen sind bis zur Grenze der Marktbeherrschung erlaubt und internes Unternehmenswachstum ist unbegrenzt zulässig, wobei nur die erreichte Marktstellung durch die Mißbrauchsaufsicht kontrolliert wird. Würde man diese differenzierende Sicht des Gesetzgebers aufgeben, so wäre damit eine fundamentale Umwertung der tragenden Grundprinzipien des geltenden Kartellrechts verbunden.

Wo die Grenze für eine bestimmte Kooperation auf einem spezifischen Markt konkret verläuft, muß im Einzelfall festgestellt werden. Die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt ist im Rahmen einer Gesamtabwägung von quantitativen und qualitativen Gesichtspunkten zu bestimmen. Der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages sah in seinem Bericht bei der Einführung des § 5b die kritische Grenze in der Regel bei einem Marktanteil von 10 bis 15 v. H., wenn z. B. Preise, Rabatte oder entsprechende Zahlungsbedingungen abgesprochen werden. Er betonte jedoch zugleich, daß es für die jeweilige Grenze beim Marktanteil entscheidend auf die Qualität der Beschränkung ankommt. Bei geringerer Intensität der Wettbewerbsbeschränkung hielt er durchaus höhere Marktanteile für zulässig. Starre allgemein geltende Marktanteilsgrenzen kann es daher auch bei § 5c nicht geben. Im Rahmen der notwendigen Gesamtabwägung kommt es maßgeblich auf die bei den einzelnen Kooperationen sehr unterschiedliche Gestaltung und interne Organisation sowie auf das wettbewerbliche Umfeld an. Dabei sind Besonderheiten der Nachfragerstellung zu berücksichtigen, ohne daß die kritische Grenze von vornherein niedriger anzusetzen wäre als bei der vom Wirtschaftsausschuß genannten quantitativen Groborientierung. Hinsichtlich des hier relevanten Marktanteils auf dem

Nachfragemarkt ist von dem Umsatzvolumen auszugehen, das von der jeweiligen Kooperationszentrale durch ihre freistellungsbedürftige Tätigkeit beeinflußt wird, ohne daß die Gesamtbezüge der beteiligten Unternehmen völlig zu vernachlässigen wären, sofern sie im Hinblick auf eine eventuelle stärkere Zentralisierung als Potential anzusehen sind.

Für die Freistellung kommt gemäß § 9 das Anmeldeverfahren zur Anwendung, um den Verwaltungsaufwand möglichst gering und die Anwendung der Regelung möglichst flexibel zu halten.

Zu Artikel 1 Nr. 2

a) Die Änderung des § 9 Abs. 1 Satz 1 folgt aus der Einfügung des § 5c. Durch seine Aufnahme in die Verweisung wird das Erfordernis der Anmeldung der betreffenden Verträge und Beschlüsse begründet.

   Zur leichteren Handhabung der Bestimmung bei Veränderungen im Mitgliederbestand von legalisierten Kooperationen mit einer Vielzahl von Anschlußunternehmen wird das Bundeskartellamt in der Praxis akzeptieren, daß solche Veränderungen in einem Sammelverfahren, etwa einmal im Jahr, angemeldet werden, und die vorherige Zusammenarbeit mit den neuen Mitgliedern nicht beanstanden, wenn sie nicht zu einer wesentlichen Veränderung des Charakters der Kooperation führt.

b) Die Änderung des § 9 Abs. 4 folgt aus der Einfügung des § 5c. Mit der Bezugnahme in der Verweisung werden die Vorschriften über die Auskunft durch die Kartellbehörden für die betreffenden Verträge und Beschlüsse für anwendbar erklärt.

Zu Artikel 1 Nr. 3

Die Änderung des § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 folgt aus der Einfügung des § 5c. Durch seine Aufnahme in die Verweisung werden die Vorschriften über die Bekanntmachung der Anmeldung im Bundesanzeiger für die betreffenden Verträge und Beschlüsse für anwendbar erklärt.

Zu Artikel 1 Nr. 4

Die Änderung des § 12 Abs. 1 folgt aus der Einfügung des § 5c. Durch seine Aufnahme in die Verweisung werden nach dieser Vorschrift freigestellte Verträge und Beschlüsse gemäß dem System des GWB der Mißbrauchsaufsicht unterstellt.

Zu Artikel 1 Nr. 5

In § 22 Abs. 1 Nr. 2 sollen die für die Feststellung einer überragenden Marktstellung beispielhaft hervorgehobenen Merkmale Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtung mit anderen Unternehmen und rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen ergänzt werden durch die beiden Merkmale „die Fähigkeit" eines Unternehmens, „sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen" sowie „die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen". Zugleich wird die bisherige Hervorhebung des Merkmals Marktanteil durch Streichung des Wortes „außer" und Vorziehung des Wortes „insbesondere" beseitigt.

Die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, wird dann nicht gegeben sein, wenn eine für den jeweiligen Markt erhebliche Zahl von Unternehmen keine ausreichenden und zumutbaren Absatz- oder Bezugsalternativen besitzt.

Ziel dieser Erweiterung ist die angemessene Berücksichtigung von Nachfragemacht, die — insbesondere im Hinblick auf die im Verhältnis zur herstellenden Industrie größere Flexibilität breit sortierter großer Handelsunternehmen — in letzter Zeit wachsende Bedeutung erlangt hat. Ein derartiges Unternehmen, dessen Gesamtsortiment sich über eine Vielzahl einzelner Warengruppen erstreckt, hat es nicht zuletzt unter Berücksichtigung der jeweils involvierten Investitionskosten wesentlich leichter, dieses Gesamtsortiment um einzelne Waren zu vermehren oder zu vermindern, als es den Herstellern dieser Waren in der Regel möglich ist, ihre Produktion umzustellen. Bei wachsender Größe der Handelsunternehmen können sich die Auswahlalternativen der Hersteller zunehmend verringern. Die daraus erwachsende starke Position kann zu einer überragenden Marktstellung eines nachfragenden Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern beitragen. Die Erweiterung des in § 22 Abs. 1 Nr. 2 enthaltenen Konglomerats von Kriterien, von denen je nach Lage des Einzelfalles eines, mehrere oder alle zugleich entscheidungserheblich sein können, soll zur Fortentwicklung der Rechtsanwendung und Rechtsprechung beitragen, indem klargestellt wird, daß bei der komplexen Bewertung der Marktstellung des jeweiligen Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern neben den horizontalen auch die vertikalen Marktbeziehungen Berücksichtigung finden sollen. Dies trägt der Tatsache Rechnung, daß Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite schon bei Marktanteilen vorliegen kann, die deutlich unterhalb der für Angebotsmacht richtungsweisenden Beherrschungsvermutung von einem Drittel liegen.

Wesentlich ist, daß die neuen, die vertikalen Machtbeziehungen erfassenden Kriterien in die Komplexbetrachtung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 eingefügt und nicht zu einem eigenen Untersagungstatbestand verselbständigt werden. Durch eine derartige Herauslösung der Vertikalbetrachtung würde der bewährte Anknüpfungspunkt der Marktbeherrschung als Basis der Fusionskontrolle verlassen, dem zufolge es — sofern kein Oligopol vorliegt — immer nur einen durch eine überragende Marktstellung ausgewiesenen Marktbeherrscher geben kann. Mehrere Unternehmen nebeneinander und ohne Rücksicht auf den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb als Marktbeherrscher an-

zusehen wäre ebenso systemwidrig wie die definitive Nichtberücksichtigung des zwischen den Mitgliedern eines Oligopols fortbestehenden Wettbewerbs etwa in der Form einer unwiderleglichen Vermutung.

Von einer Ergänzung der eingefügten Kriterien durch spezifische, an der Nachfragemacht orientierte Vermutungen wurde abgesehen, weil gerade kein selbständiger Untersagungstatbestand geschaffen wird. Im übrigen haben sich die im Gesetz enthaltenen Vermutungen im Einzelfall häufig als widerlegbar und damit letztlich als weitgehend wirkungslos erwiesen.

Wesentlich ist ferner, daß die eingefügten Kriterien generell anwendbar sind. Ihre Beschränkung auf den Handelsbereich wäre ein erster Schritt in Richtung auf eine Sektoralisierung der Fusionskontrolle mit nicht abschätzbaren Präzedenzwirkungen. Die Auswirkungen auf andere Branchen dürften sich allerdings in engen Grenzen halten, weil im Falle von Beziehungen zwischen produzierenden Unternehmen in aller Regel die Umstellungsflexibilität und die Ausweichmöglichkeiten beider Marktseiten nicht wesentlich voneinander abweichen, beide also in sehr ähnlicher Weise voneinander abhängig sind (siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 7, Tz. 48).

Die Gesetzesänderung stärkt das grundsätzlich auch angesichts der Entwicklung im Handelsbereich voll funktionsfähige Instrumentarium der Fusionskontrolle. Im Bereich des Lebensmittelhandels besteht trotz eines seit Jahren anhaltenden tiefgreifenden Strukturwandels und wettbewerblichen Anpassungsprozesses auf der Nachfrager- wie auf der Anbieterseite wesentlicher Wettbewerb, ohne daß es bisher Anzeichen dafür gibt, daß er in absehbarer Zeit erlahmen könnte.

Sollte sich jedoch die konzentrative Entwicklung im Lebensmittelhandel in nennenswertem Umfang längerfristig fortsetzen, so wird die Fusionskontrolle wegen angebotsseitiger Beherrschungen auf lokalen Märkten in zunehmendem Maße greifen. Die Zahl der Filialen, die zur Vermeidung von solchen Beherrschungen an die Konkurrenz veräußert werden müssen, wird sich so stark erhöhen, daß derartige Aufkäufe immer uninteressanter werden.

Sollten hingegen zwei der Großen planen, untereinander zu einem Unternehmen zu fusionieren, das aus der bisherigen Gruppe deutlich herausragt, so wird die jetzt erfolgende Gesetzesänderung die Möglichkeit der Untersagung unter Nachfragemachtgesichtspunkten deutlich erweitern. Auch für den Fall, daß sich die Spitzengruppe verengt, der Abstand zu den übrigen Wettbewerbern sich vergrößert und der Wettbewerb zwischen den Spitzenreitern eines Tages doch zu erlahmen beginnt, wird die Erweiterung der Marktbeherrschungsdefinition die Untersagungsmöglichkeiten vermehren. Vor allem aber wäre in diesem Fall angesichts der — im Gegensatz zu den heute äußerst knappen Margen — dann ansteigenden Gewinne alsbald mit Marktzutritten von Konkurrenten insbesondere auch aus dem Ausland zu rechnen.

Zu Artikel 1 Nr. 6

a) Die Neufassung des § 23 Abs. 1 Satz 1 hebt die bisherige, an einen Marktanteil von mindestens 20% oder eine Beschäftigtenzahl von 10 000 anknüpfende Anzeigepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse auf, während die auf das leicht feststellbare und bedeutsame Größenkriterium Umsatz gestützte Anzeigepflicht erhalten bleibt. Eine Anzeigepflicht besteht danach nur noch, wenn die Umsätze der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen insgesamt mindestens 500 Millionen DM betragen.

   Die marktanteilsbezogene Anzeigepflicht betraf kleinere Zusammenschlüsse von geringer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, die schon bisher nicht untersagungsfähig waren und lediglich zur Konzentrationsbeobachtung erfaßt wurden. Nach der Verschärfung der Fusionskontrolle durch die 4. GWB-Novelle erscheint die statistische Erfassung dieser kleinen Zusammenschlüsse entbehrlich. Für die Anzeigepflicht war die Beschäftigtenzahl weitgehend irrelevant. Die Praxis zeigt, daß regelmäßig vor Erreichen der für die Anzeigepflicht notwendigen Beschäftigtenzahl von 10 000 das Umsatzkriterium von 500 Millionen DM erfüllt ist. Daher ist eine Rechtsvereinfachung zur Entlastung der betroffenen kleinen und mittleren Unternehmen angezeigt. Eine Änderung der Anzeigepflicht im Hinblick auf die Marktanteile war bereits im Regierungsentwurf eines Zweiten Rechtsbereinigungsgesetzes (BT-Drucksache 10/5532) enthalten. Sie ist damals jedoch in den parlamentarischen Beratungen auch im Hinblick auf eine künftige Novellierung des Kartellgesetzes zurückgestellt worden.

   Die Änderung des Satzes 2 folgt aus der Bereinigung des § 23 Abs. 1 Satz 1. Sie verdeutlicht, daß § 23 Abs. 1 Satz 2 zwar in bezug auf die Umsatzerlöse nach wie vor auch an § 23 Abs. 1 Satz 1 anknüpft, in bezug auf Marktanteile aber nunmehr völlig unabhängig von § 23 Abs. 1 Satz 1 allgemein gilt. Die Regelung ist erforderlich, weil § 23 Abs. 1 Satz 2 auch von anderen Bestimmungen in Bezug genommen wird, die ihrerseits — auch — auf Marktanteile abstellen (z. B. § 22 Abs. 3 Satz 2, § 23a Abs. 3). Die Beschäftigtenzahl wird gestrichen, da sie für das Kartellverfahren vor dem Bundeskartellamt unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht von Bedeutung ist.

b) Entsprechend entfällt die „Beschäftigtenzahl" in § 23 Abs. 1 Satz 8.

c) Die Ergänzung von § 23 Abs. 1 Satz 9 durch den Verweis auf § 23 Abs. 2 Nr. 6 ist im Hinblick auf Fälle erforderlich, in denen dem Veräußerer weniger als 25% der Anteile an einem Unternehmen verbleiben, er aber einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf das andere Unternehmen behält.

d) Bei den Tatbeständen des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Buchstaben a und b werden jeweils die Worte „des stimmberechtigten Kapitals" durch die Worte „des Kapitals oder der Stimmrechte" ersetzt; damit stellt

in Zukunft jeder Erwerb von Kapital in Höhe der in den Buchstaben a und b genannten Prozentsätze einen Zusammenschluß dar.

Der geltende § 23 Abs. 2 Nr. 2 Buchstaben a und b stellt beim Anteilserwerb von 25 % und 50 % allein auf das stimmberechtigte Kapital ab. § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 5 stellt Stimmrechte den Anteilen an einem Unternehmen gleich; damit soll auch der Erwerb von Anteilen an solchen Gesellschaften erfaßt werden, die eine von der Höhe der Kapitalbeteiligung unabhängige Stimmrechtsregelung haben, und an personalistischen Gesellschaften, soweit es bei ihnen entsprechend dem gesetzlichen Leitbild an einer Verbindung zwischen Kapitalbeteiligung und Stimmrechten fehlt. Das Abstellen des Gesetzgebers auf das stimmberechtigte Kapital bzw. die Stimmrechte beruhte auf der Annahme, daß der Einfluß auf ein Unternehmen in erster Linie von den rechtlichen Möglichkeiten abhänge, die durch Stimmrechte vermittelt werden. Diese Überlegung hat sich in der Praxis jedoch als nicht allgemeingültig erwiesen. Ist der Anteil am Kapital höher als der am stimmberechtigten Kapital oder an den Stimmrechten, so wird — jedenfalls bei Kapitalbeteiligungen von 25 % oder mehr — die Höhe des Kapitalanteils für den Einfluß auf das Marktverhalten des Beteiligungsunternehmens in der Regel von erheblicher, wenn nicht entscheidender Bedeutung sein. Die Rechtsprechung hat es daher bei der Prüfung eines Zusammenschlusses als Erfahrungstatsache anerkannt, daß die Erhöhung einer Beteiligung an einem Unternehmen, auch wenn damit keine Erhöhung der Stimmrechte bzw. des durch Stimmrechte vermittelten Einflusses verbunden ist, eine intensivere tatsächliche Einflußnahme zur Folge hat; allein die Erhöhung der Beteiligung steigert das wirtschaftliche Interesse des Teilhabers am Marktverhalten des Beteiligungsunternehmens, schon weil damit eine entsprechende Steigerung der finanziellen Chancen und Risiken einhergeht.

Im übrigen stellt bereits jetzt § 23 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe c mit der Verweisung auf § 16 Abs. 1 AktG alternativ auf die Mehrheit der Anteile oder der Stimmrechte in einem Unternehmen ab. Auch § 23 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b erfaßt Fallgestaltungen als Zusammenschlußtatbestand, in denen es um Einflußmöglichkeiten geht, die nicht über Stimmrechte vermittelt werden. Hier geht der Gesetzgeber bereits jetzt davon aus, daß bei einem so weitgehenden wirtschaftlichen Interesse regelmäßig erhebliche Einflußmöglichkeiten auf die Unternehmensführung und das Marktverhalten des Unternehmens anzunehmen sind. Damit gleicht die Änderung in § 23 Abs. 2 Nr. 2 Buchstaben a und b die Zusammenschlußtatbestände für vergleichbare Fallgestaltungen einander an. Zugleich beseitigt sie einen gesellschaftsrechtlich unerwünschten Anreiz zur Differenzierung zwischen Kapitalanteilen und Stimmrechten. Die Änderung wird auch dazu beitragen, künftig Beteiligungskonstruktionen zu verhindern, von denen in der Vergangenheit verschiedentlich anzunehmen war, daß sie auf eine Umgehung der Fusionskontrolle abzielten.

e) § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 5 wird gestrichen, da die dort geregelten Fälle durch die Neuregelung in Nummer 2 Buchstaben a und b miterfaßt werden.

f) § 23 Abs. 2 Nr. 6 sieht einen zusätzlichen Auffangtatbestand vor, der den bisherigen, der am beherrschenden Einfluß anknüpft, ergänzt und bereits eingreift, wenn eine Unternehmensverbindung einen wettbewerblich erheblichen Einfluß vermittelt.

Der geltende Auffangtatbestand des § 23 Abs. 2 Nr. 5 sollte sicherstellen, daß alle denkbaren Gestaltungsformen von Zusammenschlüssen, durch die ein beherrschender Einfluß auf ein anderes Unternehmen begründet werden kann, von der Fusionskontrolle erfaßt werden (Regierungsentwurf zur 2. GWB-Novelle vom 18. August 1971, BT-Drucksache VI/2520, S. 27 rechte Spalte). In der Praxis hat sich diese Regelung aber als wenig wirksam erwiesen. Rechtsprechung und Rechtslehre stellen an den Nachweis der Beherrschung hohe Anforderungen. Besteht keine Abhängigkeit im Sinne § 17 AktG, so muß das herrschende Unternehmen zumindest über die Geschäftspolitik des abhängigen Unternehmens insgesamt entscheiden und diese Entscheidung aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Einflußmöglichkeiten durchsetzen können. Ist in solchen Fällen bereits ein anderer Tatbestand des § 23 Abs. 2 erfüllt, so läuft § 23 Abs. 2 Nr. 5 als Auffangtatbestand insoweit leer. Handelt es sich jedoch um Fallgestaltungen, die ausschließlich durch diesen Auffangtatbestand erfaßt werden könnten, so scheitert dessen Anwendung meist am fehlenden Nachweis der Beherrschung, auch wenn im Einzelfall eine Unternehmensverbindung vorliegt, die zu einem wettbewerbsschädlichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen führt.

Die Anwendung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 war daher häufig auch bei wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlüssen nicht möglich. Besondere wettbewerbliche Bedeutung haben hier Minderheitsbeteiligungen an Wettbewerbern. Schon eine solche Minderheitsbeteiligung unter 25 %, zumal wenn sie mit weiteren Einflußmöglichkeiten — z. B. Sitz und Stimme in Organen der Beteiligungsunternehmen — verbunden ist, kann den Wettbewerb zwischen den Unternehmen erheblich beschränken; die Unternehmen handeln dann am Markt nicht mehr als voneinander unabhängige Wettbewerber, selbst wenn keine Beherrschung im Sinne des geltenden § 23 Abs. 2 Nr. 5 vorliegt. Auch nach Ansicht der Monopolkommission (6. Hauptgutachten, Tz. 432 ff., 433) kann vermutet werden, daß der Anteilserwerb hier mehr bedeutet als eine bloße Kapitalbeteiligung, vielmehr Einfluß auf die langfristige Geschäftspolitik des Konkurrenten vermittelt. Andererseits wird eine konkrete Verhaltensabstimmung am Markt, die über § 25 Abs. 1 erfaßbar wäre, in der Regel nicht vorliegen.

Auch die durch die 4. GWB-Novelle eingeführte Umgehungsklausel des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 erfaßt Minderheitsbeteiligungen unter 25 % nur begrenzt. Die Rechtsprechung nimmt zwar bei Beur-

teilung einer Minderheitsbeteiligung im Rahmen der Umgehungsklausel eine Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung aller dem Erwerber eingeräumten Befugnisse vor. Sie hält diese Vorschrift aber letztlich nur bei wettbewerblichen Einflüssen für anwendbar, die auf rechtlich gesicherten Sperrpositionen beruhen und somit im Konfliktfall durchgesetzt werden können. Wettbewerbsrelevante Einflüsse, die sich insbesondere aus Beteiligungen am Gesellschaftskapital unterhalb der Schwelle der Nummer 2 Buchstabe a ergeben, werden damit selbst dann nicht mehr erfaßt, wenn weitere wettbewerblich maßgebliche Umstände wie Einräumung von Sitz und Stimme in Organen der Beteiligungsunternehmen hinzukommen. Ein ähnliches wettbewerbliches Einflußpotential kann sich auch im Zusammenhang mit Finanzbeteiligungen am Gesellschaftskapital sowie der Teilnahme am Gewinn und Verlust oder am Liquidationserlös ergeben.

Der neue Auffangtatbestand soll eine Zusammenschlußkontrolle ermöglichen, wenn Unternehmensverbindungen, die ihrer Art nach den bisherigen Zusammenschlußtatbeständen des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe a oder Nummer 2 Satz 4 sowie der Nummer 4 oder der Nummer 5 unterfallen, aber die Höhe der dort jeweils genannten Aufgreifschwelle nicht erreichen, dazu führen, daß ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können. Damit bleibt das bestehende System der Zusammenschlußtatbestände und der bisherige Begriff der Unternehmensverbindung seiner Natur nach voll erhalten. Es wird lediglich ein zusätzlicher Raum für eine Kontrolle unterhalb der geltenden Aufgreifschwellen nach Nummern 2, 4 und 5 geschaffen. Hieraus folgt zum einen, daß über das geltende Recht hinausgehende Mehrfachkontrollen in Fällen einer wesentlichen Aufstockung bereits bestehenden „wettbewerblich erheblichen Einflusses" vermieden werden. Zum anderen ist sichergestellt, daß — wie beim Auffangtatbestand der Nummer 5 — nur Fälle gesellschaftsrechtlich vermittelter Unternehmensverbindungen (entsprechend den Grundsätzen der Rechtsprechung zur Beherrschung nach § 17 AktG, s. BGHZ 90, 381 ff.) erfaßt werden; nicht ausreichend sind bloße wirtschaftliche Abhängigkeiten wie reine Austauschbeziehungen etwa aufgrund langfristiger Lieferverträge oder bloßer Kreditvereinbarungen ohne besondere Zusatzvorkehrungen.

Eine Unternehmensverbindung vermittelt einen wettbewerblich erheblichen Einfluß immer dann, wenn aufgrund des zwischen den Unternehmen bestehenden gesamten Beziehungsgeflechts zu erwarten ist, daß der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen so wesentlich eingeschränkt wird, daß die Unternehmen nicht mehr unabhängig am Markt auftreten. Ohne einen solchen zusätzlichen flexiblen Auffangtatbestand wäre die Entscheidung des Gesetzgebers für eine effektive Fusionskontrolle durch phantasievolle Umgehungskonstruktionen in Frage gestellt. Schon im Regierungsentwurf zur 4. GWB-Novelle zu dem damals eingefügten § 23 Abs. 2 Nr. 2 Sätze 4 und 5 wurde darauf hingewiesen, daß Umgehungskonstruktionen in erster Linie bei Großunternehmen mit ihren umfangreichen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu verzeichnen sind, während kleinere Unternehmen der Fusionskontrolle nur schwer ausweichen können (BT-Drucksache 8/2136, S. 14, linke Spalte).

Mit der neuen Fassung des § 23 Abs. 2 Nr. 6 soll zugleich verdeutlicht werden, daß sich die Auffassung des Regierungsentwurfs zur 2. GWB-Novelle (a. a. O. S. 28, rechte Spalte) als zu eng erwiesen hat, wonach eine Zurechnung von Marktanteilen und Ressourcen erst gerechtfertigt ist, „wenn die Unternehmen in einem Verhältnis zueinander stehen, das dem einen beherrschenden Einfluß auf das andere verschafft, oder wenn Leitungsmacht auf andere Weise zusammengefaßt wird". Davon ist die Rechtsprechung in den Fällen des 25%-Anteilserwerbs zwischen Wettbewerbern bereits abgewichen. Sie hat in derartigen Fällen angenommen, daß solchermaßen zusammengeschlossene Unternehmen nicht mehr unabhängig voneinander im Wettbewerb auftreten und somit der Marktgegenseite einheitlich gegenüberstehen. Darüber hinaus hat sich gezeigt, daß Unternehmensverbindungen unterhalb der Schwelle von 25 % insbesondere bei Verbindungen zwischen Wettbewerbern Grundlage für einen wechselseitigen Interessenausgleich sein können, wie er insbesondere dann zu erwarten ist, wenn zu einer bloßen Minderheitsbeteiligung Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten hinzukommen.

g) Die Änderung des § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 folgt aus der Neufassung des § 23 Abs. 1 Satz 1. Die Anpassung stellt sicher, daß die Unternehmen, wenn sie Zusammenschlüsse anzeigen, entsprechend der bisherigen Praxis des Bundeskartellamtes erst Marktanteile angeben müssen, wenn sie insgesamt mindestens 20 % erreichen. Die Zahl der Beschäftigten kann entfallen, weil sie für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt nicht von Bedeutung ist.

h) Die Aufhebung des in § 23 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 enthaltenen Hinweises auf Absatz 2 Nr. 2 erfolgt im Hinblick auf den neuen Zusammenschlußtatbestand in § 23 Abs. 2 Nr. 6, der auch beim Erwerb von Anteilen unterhalb der Schwelle des § 23 Abs. 2 Nr. 2a erfüllt sein kann, wenn die Anteile allein oder in Verbindung mit weiteren Einflußmöglichkeiten einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen vermitteln. Auch in diesen Fällen muß die Anzeige Angaben über die Höhe der erworbenen und der insgesamt gehaltenen Beteiligung enthalten.

i) Die Neufassung von § 23 Abs. 5 Satz 3 sieht vor, daß in der Anzeige über einen Unternehmenszusammenschluß bei Konzernunternehmen auf die Einzelangabe von Marktanteilen und Umsatz verzichtet und statt dessen lediglich die Angabe dieser Daten für die Gesamtheit der Konzernunternehmen verlangt wird. Diese Klarstellung entspricht der bisherigen kartellbehördlichen Handhabung der Anzeigepflicht. Bei der wettbewerblichen Be-

urteilung von Unternehmenszusammenschlüssen werden Konzerne mit ihren einzelnen Konzernunternehmen als wettbewerbliche Einheit betrachtet, auf die Marktanteile und Umsatz zu beziehen sind. Die Angaben nach Nummern 1 und 2 des Satzes 2 sind weiterhin einzeln vorzunehmen.

Zu Artikel 1 Nr. 7

a) Die unter den neuen Auffangtatbestand des § 23 Abs. 2 Nr. 6 fallenden Zusammenschlüsse werden von der Anmeldepflicht des § 24a Abs. 1 Satz 2 ausgenommen. Derartige Zusammenschlüsse unterliegen demnach lediglich der Anzeigepflicht gemäß § 23 Abs. 1.

   Der geltende § 24a beruht auf dem Gedanken, daß grundsätzlich nur eine präventive Fusionskontrolle mit Vollzugsverbot effektiv sein kann, da die sonst gegebenenfalls erforderliche nachträgliche Auflösung eines Zusammenschlusses äußerst schwierig wäre (Regierungsentwurf zur 2. GWB-Novelle, a. a. O. S. 19, linke Spalte oben).

   Der Verzicht auf die Anmeldepflicht kann im Hinblick auf Entflechtungsprobleme hingenommen werden, da die Unternehmensverbindung bei Zusammenschlüssen nach § 23 Abs. 2 Nr. 6 meist weniger intensiv sein wird. Das Risiko, einen vollzogenen Zusammenschluß später wieder auflösen zu müssen, können die Unternehmen durch eine freiwillige Anmeldung vermeiden.

b) Die Änderung der Verweisung in § 24a Abs. 1 Satz 3 folgt aus der Neufassung des § 23 Abs. 1 Satz 1.

Zu Artikel 1 Nr. 8

Die Änderung des § 25 Abs. 3 Nr. 1 folgt aus der Neufassung des § 99.

Zu Artikel 1 Nr. 9

a) Zu § 26 Abs. 2

   aa) Die Änderung der Verweisung in Satz 1 folgt aus der Neufassung des § 99.

   bb) Durch Einfügung des Tatbestandsmerkmals „kleine und mittlere Unternehmen" wird der Kreis der durch § 26 Abs. 2 Satz 2 geschützten Anbieter und Nachfrager auf solche Unternehmen eingeschränkt. Aufgrund der Verweisung in § 26 Abs. 3 Satz 2 gilt die Einschränkung auch für Fälle der Veranlassung zur Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorzugsbedingungen. Im übrigen wird die Vorschrift weder hinsichtlich der Adressaten oder des Inhalts noch des vornehmlich auf den Wettbewerb als Institution gerichteten Schutzzwecks geändert.

   § 26 Abs. 2 Satz 2 ist durch die 2. GWB-Novelle von 1973 eingeführt worden, um über den Kreis der bereits von Satz 1 erfaßten marktbeherrschenden Unternehmen hinaus auch „relativ" marktstarke Unternehmen dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zu unterwerfen, d. h. solche, von denen Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Diese Vorschrift gilt derzeit zugunsten aller abhängigen Unternehmen, gleich welcher Größe. Sowohl in der Vorstellung des Gesetzgebers als auch in der Praxis stand dabei die Belieferungspflicht im Vordergrund. Zum einen sollte verhindert werden, daß ein mehrstufiges Konzernunternehmen bei Kapazitätsengpässen nur die konzerneigenen Verkaufsstellen beliefert. Zum anderen wollte der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Aufhebung der Markenpreisbindung dem denkbaren Bestreben der Markenartikelhersteller Grenzen setzen, insbesondere durch einen gezielt selektiven Vertrieb die Einhaltung der von ihnen empfohlenen Verkaufspreise sicherzustellen und so faktisch die Preisbindung aufrechtzuerhalten.

   Diese Ziele gelten nach wie vor. Da ein Belieferungszwang aber ein besonders scharfer Eingriff in die Vertragsfreiheit ist und in einer Marktwirtschaft im Prinzip einen Fremdkörper darstellt, muß er auf die Fälle begrenzt werden, in denen er zwingend erforderlich ist. Zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen kann auf die Lieferpflicht nach wie vor nicht verzichtet werden. Der Gesetzgeber hatte von Anfang an besonders den Schutz solcher Marktteilnehmer im Auge. Dies zeigt auch der Bericht des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages, der die Vorschrift in den Zusammenhang der Regelungen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen für kleine und mittlere Unternehmen stellt.

   Angesichts der Entwicklung der Marktverhältnisse erscheint eine Belieferungspflicht zugunsten von Großunternehmen aus heutiger Sicht jedoch nicht erforderlich. Der ökonomische Druck zur möglichst umfassenden Nutzung aller wichtigen Absatzkanäle und das Nachfrageverhalten der Verbraucher haben die Hersteller von Markenartikeln zunehmend veranlaßt, ihre Waren in erheblichem Umfang auch über die Großbetriebsformen des Handels abzusetzen. An diesen Marktrealitäten dürfte sich in Zukunft auch nichts Wesentliches ändern, wenn die gesetzliche Verpflichtung wegfällt. Angesichts der Machtverhältnisse zwischen nicht marktbeherrschenden Industrieunternehmen einerseits und großen Handelsunternehmen andererseits besteht regelmäßig nicht die Gefahr der Ausnutzung von wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierten Handlungsspielräumen und damit verbundener Störungen des Marktgeschehens durch lediglich relativ marktstarke Unternehmen. Ge-

genüber marktbeherrschenden Unternehmen ist jedoch wegen des höheren Gefährdungspotentials das in Satz 1 enthaltene umfassende Diskriminierungsverbot nach wie vor berechtigt. Soweit sie nicht marktbeherrschenden Anbietern gegenüberstehen, verfügen aber große Unternehmen in der Regel auch ohne besondere Schutzvorschrift über ausreichende Möglichkeiten, um die Waren für ihre Sortimente zu marktgerechten Konditionen zu erhalten. Zunehmendes Gewicht kommt dabei auch Einfuhren zu, die im Zuge der fortschreitenden Integration des europäischen Marktes und der Weltmärkte an Bedeutung gewinnen und insbesondere den Großunternehmen zugänglich sind. Daher sind auch keine wesentlichen negativen Wirkungen für die preisgünstige Versorgung der Verbraucher zu erwarten. Durch die teilweise Aufhebung von § 26 Abs. 2 Satz 2 erhalten relativ marktstarke Hersteller gegenüber großen Unternehmen wieder ihre volle Gestaltungsfreiheit, insbesondere beim Absatz. Sie brauchen nicht mehr zu befürchten, von potenten Nachfragern mit langwierigen Prozessen wegen Belieferung überzogen zu werden.

Die Beschränkung des vertikalen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots für relativ marktstarke Unternehmen auf den Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen steht im Gleichklang mit dem aus dem bisherigen § 37a Abs. 3 hervorgegangenen horizontalen Behinderungsverbot für relativ marktstarke Unternehmen im vorgesehenen neuen § 26 Abs. 4, das ebenfalls zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen wirkt.

Hinsichtlich des Begriffs der kleinen und mittleren Unternehmen gilt grundsätzlich das gleiche, wie zu § 5c ausgeführt.

cc) Durch die Streichung der Worte „Für das Untersagungsverfahren nach § 37a Abs. 2" in § 26 Abs. 2 Satz 3 wird die Beschränkung der Vermutungsregelung auf das kartellbehördliche Verfahren aufgehoben und die Bestimmung allgemein gefaßt.

Der an die Erlangung von besonderen Vergünstigungen anknüpfende Vermutungstatbestand wurde im Rahmen der 4. GWB-Novelle von 1980 eingeführt. Wie sich aus der Regierungsbegründung (BT-Drucksache 8/2136) ergibt, verfolgt die Regelung den Zweck, die Feststellung der Abhängigkeit eines Anbieters und damit der „relativen Marktmacht" eines Nachfragers zu erleichtern. Sie ist sowohl bei Diskriminierungen im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 2 als auch in den Fällen des § 26 Abs. 3 Satz 2 anwendbar, in denen ein Nachfrager von einem Anbieter sachlich ungerechtfertigte Vorzugsbedingungen erzwingt. Nach den der 4. GWB-Novelle zugrundeliegenden Vorstellungen sollte § 26 Abs. 2 Satz 3 aber nur einen „Aufgreiftatbestand" darstellen, der die Kartellbehörde zur Prüfung im Rahmen der Amtsermittlung veranlaßt, aber keine Umkehr der Beweislast bewirkt. Aus dieser Natur als Aufgreiftatbestand wurde gefolgert, daß die Regelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 allein für ein objektives Untersagungsverfahren nach § 37a gelten könne. Wie im Fall des § 22 Abs. 3 wird dieser Vermutung jedoch im Rahmen des Untersagungsverfahrens schon nach geltendem Recht dann bindende Wirkung zuzuschreiben sein, wenn das Gericht nach Würdigung des gesamten Verfahrensergebnisses das Tatbestandsmerkmal weder auszuschließen noch zu bejahen vermag (WuW/E BGH 1749). Darüber hinaus haben die Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes mittelbar jedenfalls insoweit eine Auswirkung auf Zivilrechtsstreitigkeiten nach § 26 Abs. 2, als das in Anspruch genommene Unternehmen sich nicht auf ein unsubstantiiertes Bestreiten zurückziehen kann, sondern substantiiert darlegen muß, warum es trotz der Erfüllung der Vermutungstatbestände nicht marktbeherrschend ist (WuW/E BGH 2483). Die Frage, ob § 22 Abs. 3 im Rahmen des Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 echte Vermutungswirkung entfaltet, hat der Bundesgerichtshof jedoch noch offengelassen.

Mit der Gesetzesänderung soll erreicht werden, daß die Regelung des § 26 Abs. 2 Satz 3 auch im Zivilprozeß Vermutungswirkung entfaltet und damit die Beweissituation des Klägers in Verfahren nach § 26 Abs. 2 und 3 hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Abhängigkeit verbessert.

b) Die neue Vorschrift des § 26 Abs. 4, die an die Stelle des geltenden § 37a Abs. 3 tritt, wird so vereinfacht, daß es im wesentlichen nur noch auf die Tatbestandsmerkmale der „gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegenen Marktmacht" und der unmittelbaren oder mittelbaren „unbilligen Behinderung" ankommt. Die Tatbestandsmerkmale, daß das betreffende Unternehmen „in der Lage ist, die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen", und daß sein Verhalten „geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen", werden gestrichen. Die Bestimmung, die bisher ausschließlich eine Untersagung durch die Kartellbehörden ermöglichte, wird als Verbot ausgestaltet. Damit erhalten die betroffenen kleinen und mittleren Unternehmen sowie Verbände zur Förderung von deren gewerblichen Interessen das Recht, gegen einen Gesetzesverstoß durch Klage vor den Zivilgerichten vorzugehen.

Der Behinderungstatbestand des § 37a Abs. 3 ist vom Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages im Rahmen der 4. Novelle von 1980 in das GWB eingefügt worden. Der Gesetzgeber wollte damit in der horizontalen Dimension die Schutzlücke schließen, die zuvor in den Fällen bestanden hatte, in denen eine unbillige Behinderung von Wettbewerbern nicht auf der Ausnutzung einer absoluten Übermacht eines Unternehmens gegenüber allen Wettbewerbern im Sinne des § 22 Abs. 1 beruhte, sondern auf dem Mißbrauch einer nur „re-

lativen" Marktüberlegenheit eines Konkurrenten gegenüber lediglich einem Teil seiner Wettbewerber. Die Regelung verfolgte den Zweck, in diesem Bereich die kartellgesetzlichen Vorschriften gegenüber einem machtbedingten Verdrängungswettbewerb zu verstärken und die Marktchancen kleiner und mittlerer Unternehmen besser zu sichern.

In der Praxis hat sich die Vorschrift des § 37a Abs. 3 als wenig wirksam erwiesen. Ihre geringe Effizienz wird vielfach auf die Anhäufung sich teilweise überschneidender unbestimmter Rechtsbegriffe zurückgeführt. Die vorgesehene Änderung trägt dieser Kritik Rechnung.

Die Adressaten der künftigen Verbotsnorm des § 26 Abs. 4 werden wie beim gegenwärtigen Untersagungstatbestand des § 37a Abs. 3 durch ihre „gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegene Marktmacht" bestimmt. Wie der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages im Jahr 1980 ausgeführt hat, knüpft die für die Vorschrift essentielle „Machtschwelle" damit an die relative „Übermacht" eines großen Wettbewerbers gegenüber denjenigen Konkurrenten an, die als kleine und mittlere Wettbewerber zu qualifizieren sind. Die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals bleibt unverändert. Für den Begriff der kleinen und mittleren Wettbewerber wird auf die obigen Ausführungen zu den kleinen und mittleren Unternehmen im Rahmen von § 5c verwiesen.

Auf die weitere Charakterisierung der Machtstellung durch die Worte „in der Lage ist, die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen", kann im Interesse der Tatbestandsbereinigung und Anwendungserleichterung verzichtet werden. Damit wird das in der bisherigen Fassung enthaltene Spannungsverhältnis zwischen der Betrachtung des Gesamtmarktes einerseits und des Teils, den kleine und mittlere Wettbewerber abdecken, andererseits aufgelöst. Gleichwohl bedeutet die Streichung dieses Tatbestandsmerkmals nicht, daß sich die Vorschrift zu einem primären „Individualschutz" für mittelständische Unternehmen verengt. Vielmehr bleibt der Normzweck auf die Sicherung des Wettbewerbs bezogen. Die Vorschrift dient dem Wettbewerb als Institution und in diesem Rahmen gleichermaßen dem Individualschutz der behinderten Unternehmen. Dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsschutzes ist insbesondere bei dem unveränderten Tatbestandsmerkmal der unbilligen Behinderung Rechnung zu tragen, in dessen Rahmen nach ständiger Rechtsprechung eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB stattzufinden hat.

Das ausdrückliche Erfordernis, daß die konkrete Behinderungshandlung „geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen", kann gestrichen werden, da sowohl die sachliche Intensität der Beeinträchtigung als auch deren zeitliche Dauer bei der Interessenabwägung im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der unbilligen Behinderung hinreichend berücksichtigt werden können.

Die gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegene Marktmacht muß mit der unbilligen Behinderung in der Weise in Zusammenhang stehen, daß die besondere wettbewerbliche Gefährlichkeit des betreffenden Verhaltens, das sich gegen kleine und mittlere Wettbewerber richtet, gerade aus der spezifischen Machtstellung des Unternehmens erwächst, das es praktiziert. Dies kommt wie bei § 22 Abs. 4 Satz 1 im Wort „ausnutzen" zum Ausdruck.

Durch die Umgestaltung des geltenden Untersagungstatbestands in ein Verbot wird die Norm zu einer Vorschrift im Sinne des § 35 Abs. 1, die den Schutz eines anderen bezweckt. Damit wird den verletzten Wettbewerbern sowohl die Möglichkeit einer Schadensersatz- als auch einer Unterlassungs- und Beseitigungsklage eröffnet. Auf Grund der bestehenden Verweisung in § 35 Abs. 3 kann der Unterlassungsanspruch auch von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen geltend gemacht werden. Wie bereits im Vertikalbereich bei Diskriminierungen und Behinderung durch marktbeherrschende und relativ marktstarke Unternehmen nach § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 2 wird damit auch in den Fällen der unbilligen Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber durch Unternehmen mit überlegener Marktmacht die Privatinitiative der Verletzten zum Schutz des Wettbewerbs mobilisiert. Die Klagemöglichkeit vor den Zivilgerichten hat insbesondere in den Fällen praktische Auswirkungen, in denen die Kartellbehörden aus Kapazitäts- oder Opportunitätsgründen von einer Verfügung absehen. Gemäß § 37a Abs. 2 haben die Kartellbehörden jedoch auch in Zukunft die Befugnis, ein Verhalten, das gegen § 26 Abs. 4 verstößt, von Amts wegen zu untersagen.

Mit der Aufnahme in § 26 findet die geänderte Vorschrift ihren systemgerechten Ort, da sie die schon bisher in § 26 geregelten Tatbestände sachlich ergänzt. Demgegenüber enthält § 37a im übrigen nur unselbständige Verfahrensvorschriften zur Durchsetzung anderweitiger materieller Normen.

Insgesamt dienen die vorgesehenen Verbesserungen dazu, das kartellgesetzliche Instrumentarium gegen einen machtbedingten Verdrängungswettbewerb effizienter zu machen. Die Anwendung der Vorschrift wird dadurch erleichtert, daß sich Kartellbehörden und Gerichte im wesentlichen auf zwei hinreichend klare Tatbestandsmerkmale konzentrieren können, nämlich den Begriff der unbilligen Behinderung, der im Rahmen von § 26 Abs. 2 Gegenstand umfangreicher Rechtsprechung war, und den Begriff der gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegenen Marktmacht.

Mit der Gesetzesänderung soll insbesondere auch ein Beitrag zur Verbesserung der Wirksamkeit der Vorschrift gegen Behinderungspraktiken marktstarker Unternehmen geleistet werden, die zum Nachteil kleiner und mittlerer Konkurrenten systematisch und ohne sachlich gerechtfertigten Grund Waren unter Einkaufspreis anbieten. Solche Praktiken hatten die beteiligten Organisationen der gewerblichen Wirtschaft in ihrer gemeinsamen Erklä-

rung vom 25. Juni 1984 übereinstimmend als Verhaltensweisen gekennzeichnet, die den Leistungswettbewerb gefährden. Des weiteren kann die vorgesehene Neufassung des Gesetzes neben den bestehenden Bestimmungen in § 26 Abs. 2 und 3 unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Behinderung grundsätzlich auch zur Sicherung des Leistungswettbewerbs gegen wettbewerbswidrige Rabattspreizungen zur Anwendung kommen.

Zu Artikel 1 Nr. 10

Durch die Streichung von § 34 wird das Schriftformerfordernis für Kartellverträge und -beschlüsse sowie für Verträge, die Preisbindungen und Ausschließlichkeitsbindungen enthalten, und für Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen und Verträgen über nicht geschützte Leistungen und Saatgut beseitigt.

§ 34 hat den Sinn sicherzustellen, daß die Kartellbehörden und Gerichte den Inhalt und die Tragweite wettbewerbsbeschränkender Verträge vollständig aus den Schriftstücken entnehmen können und sie nicht darauf angewiesen sind, langwierige Untersuchungen über zusätzliche mündliche Vereinbarungen anzustellen. Es ist nicht Aufgabe der Vorschrift, Preis- oder Ausschließlichkeitsbindungen abzusichern.

Im Hinblick auf diese Zielsetzung ist § 34 nicht mehr erforderlich. Bei den Kartellverträgen und -beschlüssen (§§ 2 bis 8) wird der Zielsetzung dieser Vorschrift durch das Anmeldeerfordernis nach § 9 Rechnung getragen. Da die rechtswirksame Freistellung von Kartellvereinbarungen von der vollständigen Mitteilung aller wettbewerbsbeschränkenden Umstände an die Kartellbehörde abhängt, ist davon auszugehen, daß die Unternehmen Kartellverträge und -beschlüsse, deren Legalisierung sie anstreben, nach Aufhebung des § 34 im eigenen Interesse wie bisher schriftlich abfassen und entsprechend bei der Kartellbehörde anmelden werden. Hinsichtlich der Vertikalverträge der in den §§ 16, 18, 20 und 21 bezeichneten Art haben die Kartellbehörden von ihren Kontrollmöglichkeiten in der Vergangenheit nur in verschwindend geringem Umfang Gebrauch gemacht.

Andererseits stellt das Schriftformerfordernis für die Wirtschaft eine erhebliche Belastung dar. Seiner geringen Bedeutung für die Vollzugspraxis steht eine nahezu unübersehbare Zahl von Verträgen gegenüber, die durch § 34 erfaßt werden. Die Gerichte werden in erheblichem Umfange mit Rechtsstreitigkeiten befaßt, in denen es um die Frage geht, ob dem Schriftformerfordernis des § 34 durch die vorgelegten vertraglichen Vereinbarungen Genüge getan worden ist. Für die Wirtschaft hat sich die Vorschrift vor allem deshalb als belastend erwiesen, weil nicht nur die ursprünglichen Verträge, sondern alle späteren Nebenabreden und Vertragsänderungen, die im Rahmen jahrelanger Geschäftsbeziehungen üblicherweise formlos erfolgen, dem strengen Schriftformerfordernis des § 34 unterworfen werden. Im Gegensatz dazu ist der kaufmännische Rechtsverkehr nämlich vom Verzicht auf Formerfordernisse geprägt. Wie die Rechtsprechung zeigt, wird das Schriftformerfordernis in erheblichem Umfang dazu mißbraucht, um sich aus vertraglichen Bindungen einseitig zu lösen, nachdem die Vorteile des Vertrages in Anspruch genommen wurden. Diese Verträge sind dabei regelmäßig unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten unproblematisch. Das Schriftformerfordernis wirkt sich insbesondere zum Nachteil kleinerer Unternehmen aus, da diese nicht immer über kartellrechtliche Kenntnisse verfügen und damit die sich aus § 34 ergebenden Erfordernisse und Konsequenzen leicht übersehen.

Es erscheint daher zweckmäßig, § 34 aufzuheben. Hierfür haben sich auch die Unabhängige Kommission Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes sowie der Ausschuß für Wirtschaft des Deutschen Bundestages bei den Beratungen zum 2. Rechtsbereinigungsgesetz ausgesprochen. Mit der Aufhebung des Schriftformerfordernisses erhalten die Vertragsparteien die Möglichkeit, ihre Vereinbarungen je nach Bedarf formlos oder schriftlich abzufassen. Ob sie dabei aus Gründen der Vereinfachung künftig auf die schriftliche Festlegung ihrer Vereinbarungen verzichten oder im Interesse der Vertragsklarheit oder aus sonstigen Erwägungen an der Schriftform festhalten wollen, bleibt ihnen selbst überlassen. Damit stellt sich die Aufhebung des Schriftformerfordernisses ausschließlich als Erweiterung unternehmerischer Handelsspielräume dar, ohne daß bisherige Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt werden. So ist es den an der Aufrechterhaltung der Preisbindung der zweiten Hand interessierten Verlagen nach wie vor möglich, die Lückenlosigkeit ihrer Preisbindungen wie bisher durch Beibehaltung der Schriftform zu sichern. In der Beseitigung des Schriftformerfordernisses liegt zugleich ein Schritt zum Abbau überflüssiger, die Wirtschaft hemmender Vorschriften.

Zu Artikel 1 Nr. 11

Die Streichung des § 37a Abs. 3 folgt aus der Einfügung des § 26 Abs. 4, der diese Vorschrift ersetzt.

Zu Artikel 1 Nr. 12

Die Änderungen in § 38 Abs. 1 durch die Buchstaben a, b und c folgen aus der Änderung des § 102.

Durch Buchstabe d soll erreicht werden, daß durch § 38 Abs. 1 Nr. 9 auch solche Informanten geschützt werden, die ein Verfahren anregen, das zu einem Bußgeldbescheid führen kann. Zu diesem Zweck wird der Begriff „Verfügungen" durch den Begriff „Einschreiten" ersetzt.

§ 38 Abs. 1 Nr. 9 bezweckt den Schutz von Informanten der Kartellbehörden, indem er die Zufügung wirtschaftlicher Nachteile im Zusammenhang mit der Beantragung oder Anregung kartellbehördlicher Verfügungen für ordnungswidrig erklärt. Die Rechtsprechung hat die Vorschrift ihrem Wortlaut entsprechend eng ausgelegt. Danach gewährt die Norm einen Schutz nur dann, wenn der Antrag oder die Anregung gegenüber der Kartellbehörde eine Verfügung im Sinne einer Entscheidung im Verwaltungsverfahren

zum Gegenstand hat, nicht jedoch im Zusammenhang mit Bußgeldverfahren. Dieses Ergebnis ist nicht sachgerecht. Der Informant, der ein ordnungswidriges Verhalten bei der Kartellbehörde anzeigt, ist in gleichem Maße schutzbedürftig wie derjenige, der ein Verwaltungsverfahren anregt. Gerade bei den Fallgestaltungen, die die Behörde sinnvollerweise nur im Bußgeldverfahren erfassen kann, wie z. B. reine Preiskartelle, ist die Behörde auf Drittinformationen angewiesen. Da einer erweiternden Auslegung des § 38 Abs. 1 Nr. 9 als Bußgeldtatbestand verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind, erscheint es geboten, im Wege der Gesetzesänderung klarzustellen, daß jeder Informant geschützt wird, der ein Einschreiten der Kartellbehörde beantragt oder anregt.

Zu Artikel 1 Nr. 13

§ 39 Abs. 1 Nr. 2 wird so gefaßt, daß ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht in den Fällen des neu eingeführten § 23 Abs. 2 Nr. 6 nicht unter die Bußgeldsanktion fällt.

Zu Artikel 1 Nr. 14

Die Änderung des § 56 Nr. 3 folgt aus der Neufassung des § 102.

Zu Artikel 1 Nr. 15

Mit der Änderung des § 58 werden die Folgerungen aus der Neufassung des § 102 gezogen.

Zu Artikel 1 Nr. 16

Die Änderung des § 63 Abs. 1 Nr. 2 folgt aus der Neufassung des § 102.

Zu Artikel 1 Nr. 17

Nach dem bisherigen § 70 Abs. 1 Satz 2 kann das Beschwerdegericht seiner Entscheidung nur Tatsachen und Beweismittel zugrunde legen, zu denen sich sämtliche am Beschwerdeverfahren Beteiligten äußern konnten. Dies gilt auch für die nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 von der Kartellbehörde zum Verfahren Beigeladenen, die nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 am Beschwerdeverfahren beteiligt sind. Im Hinblick auf diese Beigeladenen hat es der Gesetzgeber in § 71 Abs. 3 in das Ermessen des Beschwerdegerichts gestellt, ihnen Akteneinsicht zu gewähren. Eine Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber Beigeladenen liegt insbesondere dann nahe, wenn die Akten Geschäftsgeheimnisse enthalten. Zugleich hat die Verweigerung der Akteneinsicht aber zur Folge, daß das Gericht die darin enthaltenen Tatsachen und Beweismittel wegen § 70 Abs. 1 Satz 2, der keine Ausnahmen kennt, zur Stützung seines Beschlusses nicht mehr verwenden darf. Dies kann im Einzelfall dazu führen, daß eine nach Aktenlage richtige Verfügung der Kartellbehörde vom Beschwerdegericht aufgehoben werden muß. Darüber hinaus bringt es die geltende Rechtslage mit sich, daß die Beschwerdeführer in der Verteidigung ihrer Rechte beschnitten werden. Sie sind bislang gezwungen, zur Verfolgung ihrer vorrangigen rechtlichen Interessen Geschäftsgeheimnisse Beigeladenen zu offenbaren, die in aller Regel lediglich nachrangig in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt sind.

Deshalb soll der bei der Gewährung von Akteneinsicht an Beigeladene bereits bestehende Ermessensspielraum ergänzt werden durch eine Begrenzung des Beweisverwertungsverbots. Danach ist eine Verwertung von Tatsachen und Beweismitteln auch ohne Äußerungsmöglichkeit von Beigeladenen dann möglich, wenn die gerichtliche Abwägung ergibt, daß die Interessen dieser Beigeladenen, sich zum entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern, hinter den Interessen anderer Verfahrensbeteiligter oder Dritter an der Geheimhaltung von Tatsachen und Beweismitteln zurückzutreten haben. Berührt eine Entscheidung — wie im Regelfall — nur begrenzte wirtschaftliche Interessen der Beigeladenen, so wird eine Einschränkung ihrer Äußerungsmöglichkeiten zumeist zulässig sein und ein Vorrang der Interessen der durch die Entscheidung unmittelbar in ihren Rechten Betroffenen anzunehmen sein. Greift dagegen eine Entscheidung ausnahmsweise auch in Rechte der Beigeladenen ein, so kommt, wie in Satz 4 klargestellt wird, eine Einschränkung des Äußerungsrechts dieser Beigeladenen insoweit nicht in Betracht, als die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Der Kreis dieser unmittelbar Rechtsbetroffenen entspricht dem der notwendigen Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO und ist in Anlehnung an diese Vorschrift beschrieben.

Zu Artikel 1 Nr. 18

Ziel der Ergänzung des § 71 Abs. 2 ist es, ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, das in der Beschwerdeinstanz ausnahmsweise eine Verwertung von geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen durch Offenlegung ermöglicht, wenn das Interesse an der Sicherung des Wettbewerbs das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Hierzu werden die Vorschriften des Beschwerdeverfahrens um ein Zwischenverfahren ergänzt. Dieses ist durchzuführen, wenn es nach dem bisherigen Sach- und Streitstand für die Entscheidung auf eine Verwertung von Tatsachen und Beweismitteln ankommt, die weder vom Gericht noch von der Kartellbehörde vorgetragen oder offenbart werden können und bezüglich derer auch die Akteneinsicht verweigert wird, weil der Betroffene, um dessen Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse es geht, der Offenlegung nicht zustimmt.

Nach § 69 Abs. 1 hat das Beschwerdegericht den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen umfassend aufzuklären. Dies kann bislang daran scheitern, daß die Kartellbehörde den Verfahrensbeteiligten nach § 71 Abs. 2 Satz 2 keine Akteneinsicht gewähren und den Akteninhalt, weil er Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthält, auch nicht vortragen kann. Weil sich die Beteiligten zum Akteninhalt nicht äußern können, ist eine Verwertung

der darin enthaltenen Tatsachen und Beweismittel nach § 70 Abs. 1 Satz 2 unzulässig. Ähnliche Probleme können sich ergeben, wenn in den Gerichtsakten geheimhaltungsbedürftige Tatsachen und Beweismittel enthalten sind, z. B. in einem vom Gericht eingeholten Sachverständigengutachten, und wenn diejenigen, um deren Geheimnisse es geht, der Offenlegung widersprechen. In Einzelfällen könnte die geltende Rechtslage dazu führen, daß eine nach Aktenlage zutreffende Entscheidung der Kartellbehörde mangels Verwertbarkeit der in den Behörden- oder Gerichtsakten enthaltenen Tatsachen wieder aufgehoben werden müßte.

In dem Zwischenverfahren hat das Beschwerdegericht dem Betroffenen, um dessen Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse es geht, vor der Entscheidung über die Offenlegung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Betroffener kann sowohl ein am Beschwerdeverfahren Beteiligter (§ 66 Abs. 1) als auch ein Dritter sein, der auch nicht am Kartellverwaltungsverfahren beteiligt war. Ist der Betroffene bisher nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt, so ist er nur am Zwischen-, nicht hingegen am Hauptsacheverfahren beteiligt.

Das Beschwerdegericht, das die geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen und Beweismittel jedenfalls dann nicht kennt, wenn diese in den Behördenakten enthalten sind, prüft sodann unter Berücksichtigung des konkreten Sachvortrags der Betroffenen, ob geheimhaltungsbedürftige Tatsachen oder Beweismittel vorliegen.

Gelangt das Beschwerdegericht zum Ergebnis, daß Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vorliegen, so muß es weiter prüfen, ob es eine verfahrensrechtlich zulässige Möglichkeit gibt, um die geheimzuhaltenden Tatsachen und Beweismittel ohne Offenlegung in das Verfahren einzubeziehen, beispielsweise durch Einsatz eines vom Gericht nach Anhörung der Beteiligten auszuwählenden Beweismittlers. Insbesondere wenn es lediglich um Beobachtungen oder die Überprüfung von Berechnungen der Kartellbehörde geht, wird der Einsatz eines Beweismittlers in Betracht kommen und nur ausnahmsweise die volle Offenlegung der Geschäftsgeheimnisse zulässig sein.

Ist dies nicht möglich, so muß das Gericht abwägen, ob das öffentliche Interesse an der Sicherung des Wettbewerbs das Interesse an der Geheimhaltung überwiegt. Dabei sind einerseits die Folgen der Offenlegung für den Wettbewerb als Institution und andererseits die je nach Art des Geheimnisses unterschiedliche Zumutbarkeit der Offenlegung für die Betroffenen in die Betrachtung einzubeziehen. Der Schutz des Wettbewerbs als Institution ist in diesem Zusammenhang sowohl bei den Gründen, die für eine Offenlegung sprechen, als auch bei den Gründen, die gegen eine Offenlegung sprechen, zu beachten, da auch der Geheimwettbewerb Schutzgegenstand ist und für das Funktionieren der Wettbewerbsordnung zentrale Bedeutung hat.

Die dargelegten Grundsätze gelten entsprechend in solchen Fällen, in denen Zeugen sich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Dies ergibt sich daraus, daß die nach § 72 GWB geltenden Verfahrensordnungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Kartellverfahrens anzuwenden sind.

§ 71 Abs. 2 Satz 5 schreibt vor, daß Beschlüsse, die im Zwischenverfahren ergehen, zu begründen sind.

§ 71 Abs. 2 Satz 6 befreit die von der Offenlegung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen und Beweismittel Betroffenen für das Zwischenverfahren von der Verpflichtung, sich anwaltlich vertreten zu lassen (§ 67). § 71 Abs. 2 Satz 6 entspricht der Regelung für Zeugen in § 387 Abs. 2 ZPO. Ihre Stellung ist der eines Betroffenen im Zwischenverfahren vergleichbar.

Zu Artikel 1 Nr. 19

a) Die Änderung des § 80 Abs. 2 Nr. 1 folgt aus der Neufassung des § 102 und der Änderung des § 103a.

b) Durch die Einfügung einer neuen Nummer 3 in § 80 Abs. 2 Satz 2 wird für Anzeigen im Rahmen der Fusionskontrolle gemäß § 23, die bislang gebührenfrei erfolgten, die Gebührenpflicht eingeführt. Sie werden damit den Anmeldungen gemäß § 24a gleichgestellt. Die Vergangenheit hat gezeigt, daß der Verwaltungsaufwand bei anzeigepflichtigen Zusammenschlüssen nicht wesentlich geringer ist als bei Zusammenschlüssen, die — gebührenpflichtig — nach § 24a angemeldet wurden. Die Anzeigepflicht im Rahmen des § 23 Abs. 1 ist künftig reduziert auf Fälle, in denen die beteiligten Unternehmen innerhalb des letzten vor dem Zusammenschluß endenden Geschäftsjahres Umsatzerlöse von mindestens 500 Millionen Deutsche Mark hatten. Von der Gebührenpflicht ausgenommen sind die Bagatellfälle des § 24 Abs. 8; ferner entsteht keine Gebührenpflicht, wenn bereits für die Anmeldung gemäß § 24a eine Gebühr zu zahlen ist.

   Die Umnumerierung der bisherigen Nummer 3 folgt aus der Einfügung der neuen Nummer 3 in § 80 Abs. 2.

c) Die Änderung des § 80 Abs. 2 Satz 6 folgt aus der Einfügung der neuen Nummer 3 in § 80 Abs. 2 Satz 2.

d) Der neugefaßte § 80 Abs. 3 Satz 2 ändert Satz 2 geltender Fassung durch Anhebung der Gebührenhöchstsätze und enthält darüber hinaus Folgeänderungen aufgrund der Einführung der Gebührenpflicht für Anzeigen nach § 23 durch § 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 (Nr. 1), der Einführung des § 5c (Nr. 4) sowie der Neufassung der §§ 99 (Nr. 6 und 10), 102 (Nrn. 2, 5, 6 und 12 Buchstabe b) und 103a (Nr. 6).

   Die Gebührenhöchstsätze werden auf Anregung des Bundesrechnungshofes entsprechend der Aufwandsentwicklung seit der letzten Änderung des § 80 Abs. 3 mit dem Ziel der Kostendeckung angehoben. Durch die Anhebung in zwei Stufen sollen preispolitisch schädliche Signalwirkungen vermieden werden.

e) Durch die Einfügung des Absatzes 3a nach Absatz 3 wird die Anhebung der Gebührenhöchstsätze in einer ersten Stufe auf drei Viertel der ab 1. Januar 1992 geltenden Sätze begrenzt.

f) Die Einfügung der Nummer 3 in § 80 Abs. 7 folgt aus der Einfügung des Absatzes 2 Satz 2 Nr. 3.

g) Die Änderung folgt aus der Umnumerierung der bisherigen Nummer 3 des Absatzes 2 Satz 2 aufgrund der Einfügung einer neuen Nummer 3 in Absatz 2 und der Einfügung einer neuen Nummer 3 in Absatz 7.

   Die Umnumerierung der bisherigen Nummer 4 des § 80 Abs. 7 folgt aus der Einfügung der neuen Nummer 3.

Zu Artikel 1 Nr. 20

Die Änderung der Verweisung in § 91 folgt aus der Einfügung des § 5c und der Neufassung des § 99.

Zu Artikel 1 Nr. 21

§ 99 sieht Freistellungen nur noch in begrenztem Umfang vor:

— § 99 Abs. 1 Nr. 1 stellt den internationalen Luftverkehr über die Grenzen der Europäischen Gemeinschaft hinaus von dem Kartell- und Empfehlungsverbot frei (bisherige Fassung: § 99 Abs. 2 Nr. 1). Dies trägt dem Umstand Rechnung, daß Absprachen über Kapazitäten, Tarife und Aufteilung der Einnahmen sowie Start- und Landezeiten im Luftverkehr mit Drittstaaten vielfach noch üblich sind. Die Freistellung erfaßt nicht mehr den Luftverkehr innerhalb der EG. Hierfür gelten die EWG-Verordnungen Nr. 3975/87 und 3976/87 aus dem Jahre 1987. In diesen Verordnungen hat der Ministerrat die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gebiet des Luftverkehrs geregelt, wobei in großem Umfang verkehrspolitische Zielsetzungen der Gemeinschaft ihren Niederschlag gefunden haben, so daß im Bereich des Luftverkehrs der EG-Regelung ein Vorrang vor nationalem Recht zukommt.

  Die jetzige Freistellung bezieht sich nicht mehr auf Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen, die die Beförderung außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes zum Gegenstand haben. Das Kartellrecht findet hier gemäß § 98 Abs. 2 regelmäßig keine Anwendung.

— § 99 Abs. 1 Nr. 1 enthält eine Freistellung für die internationale Binnenschiffahrt über die Grenzen der Europäischen Gemeinschaft hinaus (bisherige Fassung: § 99 Abs. 2 Nr. 1). Im Verkehr zwischen Deutschland und Drittländern (z. B. Österreich, Polen und CSSR) sind zur Zeit ausländische Unternehmen aus anderen EG-Mitgliedstaaten oftmals nicht tätig, so daß die EG-Wettbewerbsverordnung Nr. 1017/68 in vielen Fällen keine Anwendung findet. Deshalb erscheint es angezeigt, die bisherige Freistellung für Verkehre über die Grenzen des Gemeinsamen Marktes hinaus beizubehalten.

  Für Verkehre innerhalb der Gemeinschaft bedarf es jedoch keiner Freistellung. In der Ratsverordnung Nr. 1017/68 ist das Wettbewerbsrecht der EG unter besonderer Berücksichtigung verkehrspolitischer Belange einheitlich ausgestaltet, so daß hier ein Vorrang der EG-Regelung vor nationalem Recht besteht.

— § 99 Abs. 1 Nr. 2 stellt Verkehrsgemeinschaften und Verkehrsverbünde von dem Kartell- und Empfehlungsverbot frei (bisherige Fassung: § 99 Abs. 2 Nr. 1 a). Trotz Streichung des § 99 Abs. 1 bisheriger Fassung bleiben im Rahmen des § 99 Abs. 1 Nr. 2 auch Tarifgemeinschaften zulässig.

  Die Regelung dient der Rechtsklarheit. Wenn auch Vereinbarungen im Sinne des § 8 Abs. 3 Personenbeförderungsgesetz häufig als Arbeitsgemeinschaften, die vom Kartellverbot nicht erfaßt sind, angesehen werden können, so ist nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt. Für diesen Fall stellt die Vorschrift klar, daß es bei der geltenden Freistellung verbleibt.

  Die Meldepflicht (bisheriger Text: § 99 Abs. 4) ist beibehalten. Sie bezieht sich wie bisher auch auf Änderungen und Ergänzungen, da hierdurch der Inhalt der Kooperationsvereinbarung modifiziert wird. Den Kartellbehörden wird durch die Anmeldung die Prüfung erleichtert, ob Verkehrskooperationen in ihrer jeweiligen Ausgestaltung dem in § 99 Abs. 1 Nr. 2 beschriebenen Tatbestand entsprechen. Die Anmeldung bei den Genehmigungsbehörden gewährleistet, daß diese bereits in einem frühen Verfahrensstadium die Möglichkeit haben, zu den verkehrspolitischen Aspekten Stellung zu nehmen, ohne daß dadurch jedoch die Kartellbehörden in ihrer Beurteilung gebunden sind.

  Die Benehmensregelung ist beibehalten, um sicherzustellen, daß die Kartellbehörden vor ihren Entscheidungen Stellungnahmen der zuständigen Genehmigungsbehörden einholen.

— § 99 Abs. 1 Nr. 3 stellt Absprachen von Eisenbahnunternehmen untereinander oder mit anderen Verkehrsunternehmen frei, die dazu dienen, Entgelte oder Bedingungen, die staatlicher Festsetzungen oder Genehmigungen bedürfen, aufeinander abzustimmen. Damit soll die Verwirklichung der in § 6 und § 8 Allgemeines Eisenbahngesetz enthaltenen gesetzlichen Vorgaben erleichtert werden. Solche Absprachen waren bereits nach dem bisherigen § 99 Abs. 1 möglich.

— § 99 Abs. 2 Nr. 1 stellt branchenweite Preisempfehlungen im Spediteursammelgutverkehr wie bisher frei (bisheriger Text: § 99 Abs. 2 Nr. 5). Diese Regelung ist 1975 in das Gesetz eingefügt worden, nachdem die staatliche Regulierung der Preise für diesen Bereich entfallen war.

  Der Text der neuen Regelung ist bereinigt. Eine ausdrückliche Freistellung für Empfehlungen von Vereinigungen von Spediteurvereinigungen war nicht erforderlich, da diese bereits mit dem knapperen neuen Wortlaut erfaßt sind. Auch bedurfte es keiner ausdrücklichen Freistellung für Konditio-

nenempfehlungen, die bereits gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 3 zulässig sind.

— § 99 Abs. 2 Nr. 2 nimmt Preisempfehlungen für bestimmte Dienstleistungen in den deutschen Häfen von dem Empfehlungsverbot des GWB aus (bisheriger Text: § 99 Abs. 2 Nr. 3). Auch Empfehlungen über Preisbestandteile und Preisermittlungsverfahren sind damit freigestellt. Durch die Beseitigung der Freistellung für Preiskartelle werden die Dienstleistungen in Häfen dem Spediteursammelgutverkehr gleichgestellt.

Unternehmerische Kooperationen bleiben gemäß §§ 5 und 5b freistellbar. Konditionenkartelle oder -empfehlungen sind gemäß § 2 bzw. § 38 Abs. 2 Nr. 3 möglich.

— Die Buchstaben a und b des § 99 Abs. 2 enthalten zusätzliche Vorschriften für Preisempfehlungen im Sinne des § 99 Abs. 2. Buchstabe a sieht im Zuge einer Einbeziehung der Preisempfehlungen in die allgemeine Systematik des GWB eine Anmeldepflicht vor, die bislang lediglich für Empfehlungen im Bereich der Sammelgutspedition bestand. Dadurch soll eine präventive Kontrolle durch die Kartellbehörden ermöglicht werden. Der Anmeldung sind, wie bislang schon im Bereich der Sammelgutspeditionsempfehlungen, Stellungnahmen der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Wirtschaftskreise beizufügen. Auf eine genaue Definition der betroffenen Wirtschaftskreise im Gesetz muß wegen der Vielgestaltigkeit der möglichen Sachverhalte verzichtet werden, jedoch werden die Kartellbehörden im Einzelfall in der Lage sein, die betreffenden Verbände auf Anfrage zu benennen. Mit dem Buchstaben b werden Regelungen aus dem Bereich der unverbindlichen Preisempfehlung gemäß § 38a entsprechend übernommen.

Folgende bisherige Regelungen des § 99 sind gestrichen:

— § 99 Abs. 1 bisheriger Fassung besitzt grundsätzlich nur deklaratorische Bedeutung. Das GWB ist dort nicht anwendbar, wo der Staat die Einhaltung bestimmter Preise oder Bedingungen vorschreibt, weil insoweit kein Raum für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Verhaltensweisen besteht. Dies gilt nicht nur für den Verkehrsbereich und das Post- und Fernmeldewesen, sondern auch für andere Wirtschaftssektoren (z. B. Banken, Versicherungen, freie Berufe). Die bisherige Regelung ist insofern überflüssig und irreführend. Insbesondere verstoßen Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen, die in Verkehrsgesetzen im Vorfeld staatlicher Genehmigungen für Preise und Bedingungen ausdrücklich vorgesehen sind (z. B. Tätigkeiten der Frachtenausschüsse in der Binnenschiffahrt und der Tarifkommissionen im Straßengüterverkehr), nicht gegen das GWB. Auch die in diesem Zusammenhang geleistete kooperative Zuarbeit der Unternehmen und Verbände stellt keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des GWB dar. Die in speziellen Gesetzen geregelten Verkehrsmarktordnungen werden von der Streichung des bisherigen Absatzes 1 nicht berührt.

Ferner unterliegen z. B. Entgelte für Leistungen der Unternehmen der Deutschen Bundespost im Briefdienst und im Monopolbereich des Fernmeldewesens, die gemäß § 24 Abs. 1 des Entwurfs des Postverfassungsgesetzes (PostVerfGE) zu genehmigen sind, aus den gleichen Gründen nicht den Vorschriften des GWB. Wenn bei Pflichtleistungen gemäß § 22 Abs. 2 PostVerfGE das Verhalten der Unternehmen der Deutschen Bundespost durch Festlegungen gemäß § 22 Abs. 2 PostVerfGE bzw. durch die Wahrnehmung des Widerspruchsrechts gemäß § 24 Abs. 2 PostVerfGE in der Weise vorgeschrieben worden ist, daß die Unternehmen insoweit keinen Handlungsspielraum haben, entfällt ebenfalls eine rechtliche Kontrolle durch das GWB.

— Die Regelung des bisherigen § 99 Abs. 2, wonach die Vorschriften des GWB über vertikale wettbewerbsbeschränkende Bindungen (§§ 15 bis 18) auf die im bisherigen Absatz 2 bezeichneten Absprachen nicht anzuwenden sind, ist für die Praxis ohne Bedeutung.

— § 99 Abs. 2 Nr. 1 bisheriger Fassung sieht eine Freistellung für die internationale Seeschiffahrt vor. Diese unterliegt jedoch sowohl innerhalb der EG als auch von und nach Drittländern dem Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrages. Seit Mitte 1987 ist für die Linienschiffahrt die EG-Verordnung Nr. 4056/86 in Kraft, die unter besonderer Berücksichtigung verkehrspolitischer Belange für bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen Freistellungen vom Verbot des Artikels 85 EWGV vorsieht und für den Seeverkehr dem nationalen Kartellrecht vorgeht.

Angesichts der Tatsache, daß wettbewerbsbeschränkende Absprachen in der Trampschiffahrt, für die die VO Nr. 4056/86 nicht gilt, selten vorkommen, genügt die Möglichkeit, im Einzelfall Freistellungen auszusprechen. Dies kann das Bundeskartellamt gemäß Artikel 88 EWGV, sofern die Voraussetzungen des Artikels 85 Abs. 3 EWGV vorliegen.

— Die Freistellung für die internationale Küstenschiffahrt gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 bisheriger Fassung ist entbehrlich, weil mit dem Begriff der Küstenschiffahrt nichts anderes gemeint ist als Seeschiffahrt mit kleineren Schiffen, die meist in küstennahen Gewässern durchgeführt wird.

— Für die Freistellung von Vereinbarungen, Beschlüssen und Empfehlungen, die der unmittelbaren Durchführung der Beförderungen im internationalen See-, Küsten-, Binnenschiffs- und Fluglinienverkehr dienen, gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 bisheriger Fassung konnte ein Bedürfnis nicht nachgewiesen werden.

— Die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen von Seehafenunternehmen sowie Beschlüssen und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen über die Bedingungen und Entgelte für die Inanspruchnahme ihrer Dienste

und Anlagen gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 2 bisheriger Fassung ist für die Praxis ohne Bedeutung.

- Die Freistellung für Verträge von Flugplatzunternehmen sowie Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 2 bisheriger Fassung ist nicht erforderlich. Absprachen über die einheitliche Ausgestaltung von Flughafenbenutzungsordnungen können, soweit diese überhaupt marktrelevantes Verhalten regeln, als Konditionenkartelle bzw. -empfehlungen gemäß § 2 bzw. § 38 Abs. 2 Nr. 3 legalisiert werden. Konzessions- und Mietverträge mit Unternehmen, die auf Flugplätzen tätig sind, werden von den allgemeinen Vorschriften des Kartellrechts ausreichend erfaßt. Preiskartelle oder Preisempfehlungen der Flugplatzunternehmen sind dagegen in einem liberalisierten Luftverkehrsmarkt wettbewerbspolitisch unerwünscht.
- Fahrplanabsprachen in der Fahrgastschiffahrt gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 4 bisheriger Fassung benötigen keine Freistellung von den Regeln des Gesetzes. Sie wirken grundsätzlich nicht wettbewerbsbeschränkend, wenn sie für aufeinanderfolgende Strecken abgeschlossen werden. Die Verkehrsbedienung der Nordseeinseln ist im Rahmen einer Verkehrsgemeinschaft gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 2 wie bisher schon möglich. Fahrplanabsprachen können nur dann den Wettbewerb beschränken, wenn die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher nicht unerheblich eingeschränkt werden.
- Für Vereinbarungen über die Verteilung des Fracht- und Schleppgutes im Bereich der Bundesrepublik Deutschland gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 4 bisheriger Fassung konnte eine praktische Bedeutung nicht nachgewiesen werden.

Zu Artikel 1 Nr. 22

§ 102 Abs. 1 enthält für den Bereich der Kredit- und Versicherungswirtschaft einen Sondertatbestand, der neben den allgemeinen Freistellungstatbeständen der §§ 2 bis 8 anwendbar ist. Dieser Sondertatbestand betrifft auf Dauer angelegte Kooperationen und vertikale Verträge sowie Empfehlungen, die im Gegensatz zu den Fällen des Absatzes 2 nicht nur einen Einzelfall betreffen. Derartige Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen, die nach §§ 1, 15 und 38 Abs. 1 Nr. 11 verboten sind, können durch Anmeldung bei der Kartellbehörde im Rahmen des vorgesehenen Widerspruchsverfahrens legalisiert werden.

§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 enthält die formellen Voraussetzungen für die Anwendung dieses Sondertatbestandes. Maßgeblich sind dieselben Kriterien wie nach § 102 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a geltender Fassung. Dabei sind nur diejenigen Bank- und Versicherungsgeschäfte freistellbar, die der Genehmigung oder Überwachung der jeweiligen Aufsichtsämter unterliegen. Sollte z. B. eine ganze Sparte von Bank- oder Versicherungsgeschäften aus der Aufsicht entlassen werden, so wäre dieser Sondertatbestand hierauf nicht mehr anwendbar. Nur banken- und versicherungsspezifische Geschäfte fallen unter den Freistellungstatbestand: Für Wettbewerbsbeschränkungen bei Neben- und Hilfsgeschäften gilt hingegen der Sondertatbestand nicht.

§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 enthält die materiellen Freistellungskriterien. Voraussetzung für die Freistellung einer Kooperation ist, daß die Zusammenarbeit geeignet und erforderlich ist, um die angestrebte Leistungssteigerung herbeizuführen. Eine weniger wettbewerbsbeschränkende Alternative darf daher nicht bestehen. Die Kooperation muß wie bei § 5 Abs. 2 zu einer Steigerung der Leistungsfähigkeit bei allen beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung führen.

Allerdings sind die Freistellungsmöglichkeiten hier — anders als bei dem für Rationalisierungskartelle bestehenden allgemeinen Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 — nicht begrenzt auf innerbetriebliche Rationalisierungen, sondern erweitert auf Banken- und Versicherungskooperationen, die zu einer Steigerung oder Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Kooperationspartner in ihrer Gesamtheit führen. Dies wird im Gesetzestext durch die Regelbeispiele „zwischenbetriebliche Zusammenarbeit" und „Vereinheitlichung von Vertragsbedingungen" erläutert. Dabei umfaßt der Begriff Vertragsbedingungen nicht nur allgemeine Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen im Sinne von § 2 Abs. 1, sondern auch Bedingungen, die die Hauptleistung umschreiben.

Diese Erweiterung trägt dem Umstand Rechnung, daß es in diesen beiden Dienstleistungssektoren einige freistellungswürdig erscheinende Kooperationssachverhalte gibt, die als Rationalisierungskartell gemäß § 5 Abs. 2 nicht legalisierbar wären, obwohl sie nach EG-Recht freistellungsfähig sind.

Aus ähnlichen Erwägungen, insbesondere im Hinblick auf einige Vertragsgestaltungen im Versicherungssektor, umfaßt dieser Sondertatbestand neben den horizontalen Absprachen und Empfehlungen (§§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 11) auch die Legalisierbarkeit vertikaler Verträge (§ 15).

Eine Freistellung sowohl horizontaler Kooperationen als auch vertikaler Verträge kommt in erster Linie in Betracht, wenn sie die Leistungsfähigkeit heben, aber auch dann, wenn sie der Erhaltung der Leistungsfähigkeit aller Beteiligten dienen.

Weitere Freistellungsvoraussetzung ist, daß durch die Kooperation die Bedarfsbefriedigung der Marktgegenseite verbessert wird. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn die Kooperation zur Schaffung eines neuen oder verbesserten Dienstleistungsangebots führt. Auch ein vertikaler Vertrag muß zu einer Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs führen.

Eine Freistellung ist jedoch wie in den allgemeinen Ausnahmetatbeständen des § 5 Abs. 2 und 3 nur möglich, wenn der von der Kooperation zu erwartende Erfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der mit ihr verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht. Bei vertikalen Preis- und Konditionenbindungen ist dieser Abwägung besondere Sorgfalt zu widmen. Das gilt insbesondere, wenn eine Vielzahl gleichartiger Bindungen besteht. Die Abwägungsklausel gibt der

Kartellbehörde den erforderlichen Ermessensspielraum, um die Entwicklung in einem Rahmen zu halten, der die divergierenden Interessen in angemessener Weise berücksichtigt. Grundsätzlich können auch Einlagensicherungsfonds und Pools nach § 102 Abs. 1 freigestellt werden.

§ 102 Abs. 1 Satz 2 schreibt vor, daß Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen nach Satz 1 bei der Kartellbehörde anzumelden sind. Sie leitet eine Ausfertigung der Anmeldung an die zuständige Aufsichtsbehörde weiter.

Die in § 102 Abs. 1 Satz 3 vorgeschriebene Begründungspflicht ist erforderlich, um der Kartellbehörde eine Übersicht über Ausmaß und Wirkungen der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung zu verschaffen. In der Begründung ist darzulegen, worin die Wettbewerbsbeschränkung besteht, warum sie notwendig ist und inwieweit sie zu einer Verbesserung der Bedarfsbefriedigung führt.

Aus § 102 Abs. 1 Satz 4 ergibt sich, wann der gemeldete Vertrag, Beschluß oder die Empfehlung wirksam wird. Die dreimonatige Widerspruchsfrist kann von der Kartellbehörde durch schriftliche Erklärung, daß sie der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung nicht widersprechen wird, abgekürzt werden. Dies ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn zwar eine Wettbewerbsbeschränkung angemeldet wurde, diese aber offensichtlich für die Marktgegenseite von Vorteil oder geringfügig ist.

§ 102 Abs. 1 Satz 5 schreibt wie der geltende § 102 Abs. 3 Satz 4 vor, daß den betroffenen Wirtschaftskreisen binnen einer Frist von 3 Monaten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden soll. Hiervon kann ausnahmsweise abgesehen werden, insbesondere in Fällen, in denen die Abkürzung der Widerspruchsfrist nach Satz 4 gerechtfertigt ist.

§ 102 Abs. 2 betrifft sog. Ad-hoc-Geschäfte, die nur einen Einzelfall betreffen. Er entspricht weitgehend dem geltenden § 102 Abs. 1 Satz 3. Da Ad-hoc-Geschäfte häufig unter Zeitdruck abgeschlossen werden müssen, wurde — wie schon bisher — ihre Wirksamkeit nicht von einer Anmeldung abhängig gemacht. Die damit verbundene Verfahrenserleichterung wird aufrechterhalten. Für die nachträgliche Überprüfung dieser Verträge und Beschlüsse sind § 12 sowie die Kriterien des § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 entsprechend unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieser Geschäfte heranzuziehen. Dabei kommt es vor allem darauf an, daß der Erfolg des Ad-hoc-Geschäfts in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht.

§ 102 Abs. 3 übernimmt den geltenden § 102 Abs. 5 unverändert und stellt klar, daß auch Rückversicherer, die nur einer beschränkten Versicherungsaufsicht unterliegen, weiterhin unter § 102 fallen.

§ 102 Abs. 4 Satz 1 erklärt die allgemeinen Vorschriften für Widerspruchskartelle und die Vorschrift über nachträgliche Mißbrauchsaufsicht bei Empfehlungen für entsprechend anwendbar.

§ 102 Abs. 4 Satz 2 entspricht dem geltenden § 102 Abs. 3 Satz 3.

§ 102 Abs. 5 Satz 1 schreibt vor, daß die Kartellbehörde ihre Verfügungen im Benehmen mit der zuständigen Aufsichtsbehörde erläßt. Die Kartellbehörde hat der Aufsichtsbehörde, die nach § 102 Abs. 1 Satz 2 über die Anmeldung unterrichtet ist, Gelegenheit zu geben, zu einer beabsichtigten Verfügung aus fachlicher Sicht Stellung zu nehmen. Bei ihrer Entscheidung hat die Kartellbehörde die von der Aufsichtsbehörde vorgetragenen Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

§ 102 Abs. 5 Satz 2 erläutert, daß die durch eine förmliche Erklärung einer Aufsichtsbehörde vorgenommenen konkreten Festlegungen unternehmerischen Verhaltens, die durch die oder aufgrund der Aufsichtsgesetze vorgenommen werden, der Überprüfung durch die Kartellbehörde entzogen sind. Dies gilt sowohl für Festlegungen durch Verwaltungsakt als auch durch schlichtes Verwaltungshandeln, soweit dies durch eine gesetzliche Ermächtigung gedeckt ist. Dem liegt folgender Gedanke zugrunde: Wenn und soweit aufgrund der Aufsichtsgesetze das Verhalten von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen konkret und eindeutig vorgeschrieben worden ist, ist ein von den Unternehmen beschränkbarer Handlungsspielraum nicht vorhanden.

§ 102 Abs. 6 enthält eine Übergangsregelung für die nach geltendem Recht wirksam gewordenen wettbewerbsbeschränkenden Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen. Sie bleiben ohne erneute Anmeldung wirksam, es sei denn, die Kartellbehörde erklärt binnen einer Frist von drei Jahren die Verträge oder Beschlüsse für unwirksam oder die Empfehlungen für unzulässig. Die nach bisherigem Recht wirksam gewordenen Wettbewerbsbeschränkungen müssen dabei an den Kriterien des neuen § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 gemessen werden. Entscheidungen der Kartellbehörde nach Absatz 6 ergehen im Benehmen mit der zuständigen Aufsichtsbehörde.

Zu Artikel 1 Nr. 23 (§ 103)

In dem Mißbrauchstatbestand des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 zur Durchleitung wird der letzte Satz aufgehoben. Gemäß dieser Vorschrift ist die Verweigerung einer Durchleitung in der Regel nicht unbillig, wenn die Durchleitung zur Versorgung eines Dritten im Gebiet des Versorgungsunternehmens führen würde. Nach der Streichung kommt es für die Beurteilung, ob ein Mißbrauch vorliegt, im Einzelfall auf die umfassende Interessenabwägung im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „Unbilligkeit" gemäß Satz 1 unter Berücksichtigung der in Absatz 5 Satz 1 und in Nummer 4 Satz 2 genannten spezifischen versorgungswirtschaftlichen Gesichtspunkte an.

Der Durchleitungstatbestand des § 103 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 wurde vom Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages im Rahmen der 4. Novelle von 1980 in das GWB eingeführt. Er hat auch den dritten Satz hinzugefügt, der in den zugrundeliegenden Vorschlägen des Bundesministers für Wirtschaft nicht enthalten gewesen war. Damit wollte der Ausschuß das Herausbrechen einzelner Großabnehmer aus dem Versorgungsgebiet auch ausdrücklich ausschließen, obwohl

er davon ausging, daß sich schon aus den vorhergehenden Sätzen ergibt, daß die Erfüllung der dem Inhaber der Leitung obliegenden Versorgungspflicht im Rahmen der erforderlichen Gesamtbeurteilung grundsätzlich den Vorrang vor den individuellen Interessen des die Durchleitung erstrebenden Unternehmens hat. Durch die Worte „in der Regel" sollte lediglich ermöglicht werden, in Ausnahmefällen die Versorgung eines formal-rechtlich selbständigen Unternehmens zu eröffnen, das aber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht als „Dritter" anzusehen ist (vgl. BT-Drucksache 8/3690, Seite 34).

Mit der Streichung des Satzes 3 soll die Starrheit der gegenwärtigen Rechtslage beseitigt werden, die auch in der Auslegung der Worte „in der Regel" durch den Wirtschaftsausschuß deutlich wird. Für die Kartellbehörden, die bisher noch kein Verfahren auf § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 gestützt haben, wird die Möglichkeit eröffnet, in einzelnen Fällen die Gesetzesbestimmung praktisch wirksam werden zu lassen.

Durch die Aufhebung von Satz 3 wird zugleich ein Widerspruch im Gesetz aufgelöst, der zwischen Satz 1 und Satz 3 gesehen werden könnte. Einerseits setzt Satz 1 voraus, daß die Verweigerung der Durchleitung an einen Dritten eine unbillige Behinderung beim Absatz oder Bezug von Energie sein kann, und ermöglicht damit in solchen Fällen grundsätzlich eine Durchleitung. Andererseits schließt Satz 3 die Unbilligkeit der Verweigerung und damit die Möglichkeit der Durchleitung in eben diesen Fällen praktisch vollständig aus. Die Gesetzesänderung soll sich auf eine begrenzte Korrektur beschränken und keine materielle Neuausrichtung in der Sache bedeuten. Im Rahmen der Abwägung nach Sätzen 1 und 2 können und sollen neben Sinn und Zweck der Freistellung die Interessen der auf Durchleitung in Anspruch genommenen Unternehmen in vollem Umfang berücksichtigt werden. Es bleiben also — abgesehen von der Streichung der Regelvermutung — die bereits für die Abwägung maßgebenden Kriterien uneingeschränkt gültig. Bei der Entscheidung wird die Kartellbehörde wegen der starken energiewirtschaftlichen Implikationen bei der Durchleitung das Votum der Energiebehörden berücksichtigen müssen, was im Rahmen von Absatz 4 sichergestellt wird. Auch nach der Gesetzesänderung werden in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle die Interessen des Leitungsinhabers im Ergebnis den Vorrang genießen. Wenn im Ausnahmefall die Durchleitung an Dritte bei Berücksichtigung aller versorgungswirtschaftlichen Aspekte die energiewirtschaftlich rationellste Lösung ist, soll sie jedoch in Zukunft nicht mehr von vornherein ausgeschlossen sein. Bei der Abwägung im Einzelfall sind die unterschiedlichen energieträgerspezifischen Gesichtspunkte bei Elektrizität und Gas zu berücksichtigen. Dazu gehören bei Gas insbesondere die take or pay-Verpflichtungen der Gasimporteure im Rahmen langfristiger Erdgasbezugsverträge, die häufig Grundlage und Voraussetzung für die Erschließung eines Vorkommens und seine Nutzbarmachung für die deutsche Erdgasversorgung sind. Das gilt auch für die aus wirtschaftlichen und energiepolitischen Gründen erforderliche Diversifizierung der Bezugsquellen.

Die offenere Gesetzesformulierung im Durchleitungstatbestand nach Streichung von Satz 3 entschärft auch einen potentiellen Konflikt mit dem Europarecht, falls sich aus dem EWG-Vertrag im Einzelfall Durchleitungspflichten ergeben sollten.

Zu Artikel 1 Nr. 24 (§ 103 a)

a) Der neu eingefügte Satz 2 in § 103 a Abs. 1 knüpft an die Befristung der Freistellung von Konzessions- und Demarkationsverträgen an. Er ordnet insoweit die Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen an, als sie am Ende der Laufzeit eines Konzessionsvertrags für ein bestimmtes Gebiet einem effektiven Wechsel des Letztversorgers entgegenstehen. Zum ersten betrifft dies den Fall, daß ein Demarkationsvertrag den jeweiligen Vertragspartner hindert, seinerseits die unmittelbare Versorgung zu übernehmen. Zum zweiten wird die Situation erfaßt, daß ein am jeweiligen Demarkationsvertrag nicht beteiligtes drittes Unternehmen die unmittelbare Versorgung eines bestimmten Gebietes übernimmt und nicht gehindert sein darf, seinen Strombedarf für dieses Gebiet von einem anderen Vorlieferanten zu beziehen als dem, der bisher das Gebiet mittelbar versorgte.

   Die geltende Befristung der Gebietsschutzverträge gemäß § 103 a Abs. 1 Satz 1 wurde auf der Grundlage von Vorschlägen des Bundesministers für Wirtschaft vom Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages im Rahmen der 4. Novelle von 1980 in das GWB eingeführt. Diese Regelung sollte nach der Absicht des Wirtschaftsausschusses verhindern, daß das System der Gebietsmonopole zum Nachteil der Abnehmer erstarrt und nicht mehr flexibel genug ist, auf die versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse zu reagieren (BT-Drucksache 8/3690, Seite 32). Zweck der Befristung ist es, daß am Ende der Laufzeit eines Gebietsschutzvertrages die Partner frei über die künftigen Versorgungsbeziehungen entscheiden können, so daß in bestimmten zeitlichen Abständen ein Wettbewerb um Versorgungsgebiete stattfinden kann.

   Das Ziel eines freien Wettbewerbs um Versorgungsgebiete wird jedoch dann vereitelt, wenn am Ende der Laufzeit eines bestimmten Gebietsschutzvertrages wegen des abweichenden Fristablaufs der jeweils anderen Art von Gebietsschutzverträgen die möglichen alternativen Versorgungspartner gehindert sind, ihrerseits in Versorgungsbeziehungen einzutreten. Um dieses bei der gegenwärtigen Rechtslage auftretende Problem der Fristenüberlappung zu lösen, ordnet Satz 2 im Hinblick auf das Ende der Laufzeit eines ausschließlichen Konzessionsvertrags für ein bestimmtes Gebiet an, daß alle Demarkationsverträge insoweit ihre Bindungswirkung verlieren, als sie einem eventuellen Wechsel des Letztverteilers entgegenstehen würden. Damit werden die Beteiligten so gestellt, als ob die Fristen aller relevanten Demarkationsverträge zu demselben Zeitpunkt abliefen wie die Frist des betreffenden Konzessionsvertrages. Dieser Automatismus stellt sicher, daß am Ende der Laufzeit eines Konzessionsver-

trags der Wettbewerb um die Versorgung des betreffenden Gebietes nicht wegen der rechtlichen Bindung der potentiellen Beteiligten unmöglich ist. Praktisch werden dadurch insbesondere für solche Kommunen Auswahlalternativen geschaffen, die am Rand von Versorgungsgebieten liegen und die keine eigenen Versorgungsunternehmen haben oder errichten können. Es ist davon auszugehen, daß die sich aufgrund des Wettbewerbs ergebenden Vorteile von den Letztverteilerunternehmen bzw. Kommunen an die Abnehmer in ihrem Gebiet weitergegeben werden.

Mit der Anordnung der teilweisen Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen im Hinblick auf den Ablauf einzelner Konzessionsverträge wird insoweit die Rechtsfolge des § 1 wiederhergestellt und die Geltung der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 eingeschränkt.

Die gesetzliche Regelung unterscheidet zwei Fälle. Einmal beseitigt sie das direkte Hindernis für den Wettbewerb, das ein unmittelbarer Demarkationsvertrag darstellt, wenn er einen Beteiligten, der selbst als Übernehmer der unmittelbaren Versorgung in Frage kommt, zur Unterlassung verpflichtet. Zum anderen schaltet sie das indirekte Hindernis aus, das sich aus der Bindung von Vorlieferanten aufgrund mittelbarer Demarkationsverträge ergeben kann. Praktisch ist z. B. an den Fall zu denken, daß ein Letztverteiler, der zusätzlich die Versorgung eines bestimmten Gebietes übernehmen will, seinen Strombedarf weiterhin von seinem bisherigen Vorlieferanten beziehen will. Die mittelbaren Demarkationen zwischen den Vorlieferanten werden jedoch für den Fall nicht durchbrochen, daß kein Dritter die Versorgung eines bestimmten Gebietes neu übernimmt und einen entsprechenden Konzessionsvertrag abschließt, sondern das gleiche Unternehmen wie in der Vergangenheit auch in der Zukunft Strom oder Gas an die Letztverbraucher liefert. Da nach der Gesetzesformulierung die Unwirksamkeit für den Fall eintritt, daß ein Dritter die Versorgung übernimmt, ist sie bereits dann von Bedeutung, wenn ein anderes Unternehmen oder die Gemeinde, die nicht am Demarkationsvertrag beteiligt ist, die Versorgung übernehmen wollen. Mit der teilweisen Unwirksamkeit soll die praktische Voraussetzung dafür geschaffen werden, daß ein Dritter die unmittelbare Versorgung wirklich übernimmt bzw. sich ernsthaft dafür interessiert.

Da die Regelung an das von den Parteien vereinbarte Ende der Laufzeit des jeweiligen Konzessionsvertrages anknüpft, kann die Unwirksamkeit entgegenstehender Demarkationsverträge nach Ablauf von Fristen eintreten, die unterhalb der gesetzlichen Höchstfrist von 20 Jahren liegen. Die Bundesregierung geht davon aus, daß sich in der Vertragspraxis keine unangemessen kurzen Laufzeiten der Konzessionsverträge herausbilden werden, die den Interessen aller Beteiligten und den Erfordernissen einer sicheren Versorgung nicht entsprechen würden.

Im übrigen bestätigt die vorgesehene Regelung, daß alle Gestaltungen in Gebietsschutzverträgen, die eine zweckwidrige Bindung der Vertragspartner sowohl von Alt- wie von Neuverträgen über die gesetzliche Höchstfrist hinaus bewirken, mit dem Gesetz nicht vereinbar sind.

Die Umnumerierung des bisherigen Satzes 2 in Absatz 1 folgt aus der Einfügung des neuen Satzes 2.

b) Mit der Einfügung des neuen Satzes 3 in Absatz 4 wird klargestellt, daß auch am Ende der freigestellten Laufzeit von ausschließlichen Konzessionsverträgen, die Altverträge im Sinne der 4. GWB-Novelle sind, alle Demarkationsverträge insoweit unwirksam sind, als sie einem eventuellen Wechsel des Letztversorgers entgegenstehen. Dies entspricht dem Ziel sicherzustellen, daß der Zweck der 1980 eingeführten Befristung von Gebietsschutzverträgen erreicht wird.

Die Umnumerierung und Änderung des bisherigen Satzes 3 in Absatz 4 folgt aus der Einfügung von Satz 2 in Absatz 1 und Satz 3 in Absatz 4.

Zu Artikel 1 Nr. 25

a) Die Änderung des § 104 Abs. 1 folgt aus der Neufassung des § 99.

b) Mit der Einfügung von Regelbeispielen durch einen neuen Satz 2 des § 104 soll die Mißbrauchsaufsicht im Fall des § 99 Abs. 2 näher konkretisiert werden. Preisempfehlungen dürfen keine wettbewerbsschädlichen Mondpreise beinhalten und auch nicht zu einer derartigen Verfestigung der Preisstrukturen am Markt führen, daß kein wesentlicher Wettbewerb mehr vorliegt.

Zu Artikel 1 Nr. 26

Die Änderungen des § 105 folgen aus der Neufassung des § 99 und der Aufhebung des § 34.

Zu Artikel 2

§ 11 Nr. 1 AGB-Gesetz enthält ein Verbot für AGB-Klauseln, die kurzfristige Preiserhöhungen in Fällen ermöglichen sollen, in denen Vertragsschluß und Erbringung der vertraglichen Leistung weniger als vier Monate auseinanderliegen. Davon ausgenommen werden u. a. Verträge über Leistungen, auf deren Preise § 99 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 bisheriger Fassung Anwendung findet. Diese Ausnahmeregelung, die sich in der Praxis als wenig bedeutsam erwiesen hat, wird im Zusammenhang mit der Neufassung des § 99 gestrichen.

Zu Artikel 3

Artikel 3 ermächtigt den Bundesminister für Wirtschaft, das Gesetz in der durch Artikel 1 geänderten Fassung neu bekanntzumachen und dabei Unstim-

migkeiten des Wortlauts zu bereinigen. Wegen der vielen Änderungen erscheint dies geboten.

Zu Artikel 4

Artikel 4 enthält die Berlin-Klausel.

Zu Artikel 5

Artikel 5 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

Anlage 2

Stellungnahme des Bundesrates

1. **Artikel 1 Nr. 1** (§ 5c)

   In Artikel 1 ist die Nummer 1 zu streichen.

   Als Folgen

   — sind in Artikel 1 die Nummern 2 bis 4 zu streichen;

   — sind in Artikel 1 Nr. 19 Buchstabe d in § 80 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 die Worte „, 5b und 5c" durch die Worte „und 5b" zu ersetzen;

   — ist in Artikel 1 die Nummer 20 wie folgt zu fassen:

   ‚20. In § 91 Abs. 1 Satz 1 werden die Worte „, 99 Abs. 2 Nr. 1a bis 4" durch die Worte „, 99 Abs. 1 Nr. 2" ersetzt.'

   Begründung

   Die Einfügung des § 5c wird von den Wirtschaftskreisen, die diese Norm begünstigen soll, nicht gewünscht. Die gegenwärtige Rechtslage kommt den Interessen der kleinen und mittleren Handelsunternehmen offenbar in besserer Weise entgegen.

2. **Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe a** (§ 26 Abs. 2 Satz 2)

   In Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe a sind in § 26 Abs. 2 Satz 2 die Worte „kleine oder mittlere Unternehmen als" zu streichen.

   Begründung

   Zur Lockerung des aus § 26 Abs. 2 Satz 2 resultierenden Belieferungszwanges besteht kein ausreichender Anlaß. Die Vorschrift läßt schon in ihrer derzeit geltenden Fassung das Dispositionsrecht auch des (marktstarken) Normadressaten prinzipiell unangetastet und ermöglicht so beispielsweise den Aufbau und die Praktizierung von Vertriebsbindungssystemen. Auf diese Weise wird dem Anliegen vieler Normadressaten an ausreichender Pflege ihrer Marken und angemessener Präsentation ihrer Ware Rechnung getragen. Andererseits hat sich die Vorschrift des § 26 Abs. 2 Satz 2 auch als Garant dafür erwiesen, daß Vertriebsbindungssysteme nicht zur Wiedereinführung einer verdeckten Preisbindung der zweiten Hand geführt haben. Gerade preisbewußte Handelsunternehmen konnten ihre Belieferung über die genannte Vorschrift erzwingen und so für im Interesse der Verbraucher lebhaften Wettbewerb mit qualitativ hochwertigen Produkten auf der Einzelhandelsstufe sorgen.

   Die Rechtsprechung des BGH zu § 26 Abs. 2 weist in den letzten Jahren eine deutlich restriktive Tendenz auf. Befürchtungen, wonach es zu unerwünschten Ausuferungen des Belieferungszwanges kommen könnte, haben sich nicht bewahrheitet. Die Voraussetzungen der Abhängigkeit werden spätestens seit der „Technics-Entscheidung" wesentlich enger definiert. In die Abwägung der Interessen von Anbieter und großem Nachfrager kann sogar der Aspekt einfließen, daß für den Fall der Belieferung des Großunternehmens der ortsansässige Einzelhandel den Abbruch der Geschäftsbeziehungen in Aussicht stellt („Belieferungswürdige Verkaufsstätten"). Schließlich darf als Gesichtspunkt für die Rechtfertigung einer Lieferverweigerung in Betracht gezogen werden, daß eine über längere Zeit wirkende Belieferungspflicht eine Abhängigkeit von einem Großunternehmen der Nachfrageseite bedingen kann („Plaza SB-Warenhaus").

   Die vorgesehene Einschränkung des Diskriminierungsverbotes trägt zudem die etwa auch im Rahmen des § 5b bestehende Unsicherheit, unter welchen Voraussetzungen von „kleinen und mittleren" Unternehmen auszugehen ist, in die Vorschrift des § 26 Abs. 2 hinein. Geht man davon aus, daß „kleine und mittlere Unternehmen" die Existenz von „Großunternehmen" in der betreffenden Branche voraussetzen, so bleibt die vorgesehene Einschränkung des § 26 Abs. 2 in jedem Fall dort ohne sachliche Begründung, wo ein Markt ausschließlich durch mittelständische Anbieter oder Nachfrager geprägt ist. Einige typische Fälle der unternehmensbedingten Abhängigkeit — z. B. im Verhältnis von Kfz-Hersteller und -Händlern — würden in Zukunft überhaupt nicht mehr vom Diskriminierungsverbot erfaßt.

3. **Artikel 1 Nr. 10** (§ 34)

   In Artikel 1 ist die Nummer 10 zu streichen.

   Als Folge sind in Artikel 1 Nr. 26 in § 105 die Worte „§§ 13 und 14" durch die Worte „§§ 13, 14 und 34" zu ersetzen.

   Begründung

   Eine Abschaffung des Schriftformerfordernisses des § 34 GWB wird die gerichtliche Praxis insgesamt nicht entlasten, sondern über notwendig werdende Beweiserhebungen bei umstrittenen mündlichen Vereinbarungen zusätzlich belasten.

   Wie in der Begründung des Entwurfes zutreffend ausgeführt, hat § 34 den Sinn sicherzustellen, daß die Kartellbehörden und Gerichte den Inhalt und die Tragweite wettbewerbsbeschränkender Verträge vollständig aus den Schriftstücken entneh-

men können und sie nicht darauf angewiesen sind, langwierige Untersuchungen über zusätzliche mündliche Vereinbarungen anzustellen.

Nach den Erfahrungen der gerichtlichen Praxis würde eine Streichung des § 34 GWB dem ohnehin schon häufigen Streit der Parteien über den zwischen ihnen vereinbarten Vertragsinhalt Vorschub leisten. Umfangreiche Beweisaufnahmen zur Feststellung des Vertragsinhaltes wären erforderlich, die zeitaufwendig sind, den Parteien Kosten und dem Gericht zusätzlichen Arbeitsaufwand machen. Ins Gewicht fällt hierbei, daß es sich regelmäßig um auf längere Dauer angelegte Schuldverhältnisse handelt, die für die Parteien von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung sind und deshalb ohnehin regelmäßig schriftlich abgefaßt werden. Durch die Abschaffung des Formzwangs würde eine unnötige Unsicherheit über die Vertragsgestaltung herbeigeführt, die im Falle gerichtlicher Auseinandersetzungen zusätzlichen Arbeitsaufwand der Gerichte durch Ermittlung der Parteierklärungen und ihre Würdigung erforderlich machten.

Die Schriftform der Verträge erleichtert nicht nur die Kontrolle des Vertragsinhaltes durch Gerichte und Behörden, sondern übt auch eine gewisse Warnfunktion auf die Vertragsbeteiligten aus, deren wirtschaftliche Bewegungsfreiheit durch die getroffene Regelung regelmäßig länger dauernd eingeengt wird. Die Verfolgung übermäßiger Ausnutzung von wirtschaftlicher Macht in Form von Boykott und Diskriminierung würde ebenfalls erschwert, wenn die Beteiligten auf mündliche Absprachen ausweichen könnten.

Demgegenüber kommt dem Umstand, daß die Wirksamkeitsprüfung durch das Kartellgericht grundsätzlich eine Verdoppelung der Verfahren bewirkt, da diese Feststellung der Entscheidung des Prozeßgerichts entzogen ist, die geringere Bedeutung zu. Es besteht die Möglichkeit, über § 88 GWB die Zuständigkeit des Kartellgerichts sowohl für die vertragliche Leistungsklage als auch für die kartellrechtliche Vorfrage zu begründen. Zudem sind die mit § 34 GWB verbundenen Rechtsfragen, insbesondere hinsichtlich des Umfangs des Schriftformerfordernisses und der Folgen eines Verstoßes, mittlerweile im wesentlichen höchstrichterlich geklärt.

4. **Artikel 1 Nr. 12a — neu —** (§ 38a)

In Artikel 1 ist nach Nummer 12 folgende Nummer 12a einzufügen:

‚12a. § 38a wird gestrichen.'

Als Folge sind

- in § 38 Abs. 1 Nr. 4 die Worte „§ 38a Abs. 3 oder 6" (vgl. Artikel 1 Nr. 12 Buchstabe b),
- in § 38 Abs. 1 Nr. 5 die Worte „oder einer vollziehbaren Verfügung nach § 38a Abs. 3 oder 6",
- in § 39 Abs. 1 Nr. 1 die Worte „, § 38a Abs. 4",
- in § 44 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b die Worte „und Empfehlungen der in § 38a",
- in § 56 Nr. 3 die Worte „, § 38a Abs. 3 oder 6",
- in § 58 Nr. 4 die Worte „, § 38a Abs. 3 oder 6",
- in § 80 Abs. 2 Nr. 2 die Worte „, § 38a Abs. 3 oder 6",
- in § 80 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 die Worte „, § 38a Abs. 3 und 6"
  (vgl. Artikel 1 Nr. 19 Buchstabe d)

zu streichen,

und

- § 104 Abs. 1 Satz 2 (vgl. Artikel 1 Nr. 25 Buchstabe b) ist entsprechend anzupassen.

Begründung

Die durch § 38a GWB als Ausnahme von den Empfehlungsverboten des § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 GWB erlaubte unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren führt zur Verfälschung von Marktergebnissen.

Die Erfahrung lehrt, daß die Verbraucherpreisempfehlung zum Nachteil des Verbrauchers mißbräuchlich gehandhabt wird, weil der empfohlene Preis oftmals weit höher angesetzt wird, als es dem Marktpreis entsprechen würde.

Des weiteren dient die Verbraucherpreisempfehlung nicht selten als Preisbindungsersatz. Sie gibt dem Hersteller die Möglichkeit, über Vertriebsmaßnahmen darauf hinzuwirken, daß die empfohlenen Preise eingehalten werden. Diese Preisbindungsfunktion ist aber vom GWB nicht gewollt.

Auch die Händlerpreisempfehlung ist unter mehreren Gesichtspunkten geeignet, den Preiswettbewerb einzuschränken. Ähnlich der Verbraucherpreisempfehlung ermöglicht sie den Herstellern, Abnehmer an einer aktiven Preispolitik zu hindern, indem beim Vertrieb eine Bevorzugung empfehlungskonformer Anbieter erleichtert wird. Sie trägt, wie die Verbraucherpreisempfehlung, zu einer Vereinheitlichung des Preisverhaltens des Handels bei, die bis zu einer kollektiven Übertragung der Preiskalkulation auf die Herstellerseite gehen kann. Die Preiskalkulation ist jedoch in einer Marktwirtschaft eine fundamentale Aufgabe jedes Unternehmens. Wie Anbieter in anderen Wirtschaftsbereichen hat auch der Handel nach den individuellen Kosten und den Besonderheiten der Marktlage den von ihm geforderten Preis selbständig festzusetzen. Die Preisempfehlung ist somit ein einer wettbewerblichen Ordnung prinzipiell fremdes Element.

Eine wirksame Kontrolle von Mißbräuchen der unverbindlichen Preisempfehlung erscheint praktisch nicht möglich. Dies ist darauf zurückzufüh-

ren, daß die Preisempfehlungen nicht anzumelden sind und selbst bei einer obligatorischen Registrierung von Preisempfehlungen in Anbetracht der Vielzahl der Empfehlungen eine effektive Kontrolle praktisch nicht durchgeführt werden könnte.

5. **Artikel 1 Nr. 19** (§ 80 Abs. 2)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, bei der weiteren Beratung eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darauf hinzuwirken, daß die Kartellbehörden künftig auch für Auskünfte nach § 9 Abs. 4 GWB Gebühren erheben können. In Betracht käme folgende Regelung:

a) In Artikel 1 Nr. 19 ist vor Buchstabe a folgender Buchstabe a_0) einzufügen:

‚a_0) In Absatz 2 wird Satz 1 wie folgt gefaßt:

„Zur Deckung der Verwaltungskosten erheben die Kartellbehörden Gebühren und Auslagen."'

b) In Artikel 1 Nr. 19 ist nach Buchstabe b folgender Buchstabe b_1) einzufügen:

‚b_1) In Absatz 2 Satz 2 wird folgende Nummer 5 angefügt:

„5. Erteilung schriftlicher Auskünfte aus den Akten der Kartellbehörden im Sinne von § 9 Abs. 4."'

c) In Artikel 1 Nr. 19 Buchstabe d ist in § 80 Abs. 3 Satz 2 die Nummer 11 wie folgt zu fassen:

„11. 35 DM für die Erteilung beglaubigter Abschriften (Absatz 2 Nr. 4) und schriftlicher Auskünfte nach § 9 Abs. 4 (Absatz 2 Nr. 5);".

d) In Artikel 1 Nr. 19 ist nach Buchstabe f folgender Buchstabe f_1) einzufügen:

‚f_1) In Absatz 7 wird nach Nummer 3 folgende Nummer 3a eingefügt:

„3a. in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2 Nr. 5, wer die Auskunft beantragt hat;".

Als Folge ist in Artikel 1 Nr. 19 nach Buchstabe e folgender Buchstabe e_1) einzufügen:

‚e_1) In Absatz 5 Nr. 1 werden am Ende die Worte „außer in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 5" eingefügt.'

Begründung

Die geltende Rechtslage berücksichtigt nicht die erst seit der Änderung durch das Gesetz zur Bereinigung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 27. Februar 1985 (BGBl. I S. 457) für die Kartellbehörden statuierte Pflicht zur Erteilung von Auskünften nach § 9 Abs. 4 GWB. Solche Auskünfte — die in der Praxis überwiegend über Verträge nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB erbeten werden — erfordern, soweit sie schriftlich erteilt werden, erheblichen Verwaltungsaufwand. Da sie in aller Regel nicht durch einfache Abschriften bzw. Kopien aus den Akten der Kartellbehörde erteilt werden können, ist eine Gebührenpflicht nach § 80 Abs. 2 Nr. 2 GWB zumindest zweifelhaft. Dies gilt jedenfalls, solange § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB als Obersatz vor Satz 2 Gebühren nur für Amtshandlungen „im Verfahren vor der Kartellbehörde" vorsieht.

6. **Artikel 1 Nr. 21** (§ 99 Abs. 1 Nr. 1a — neu —)

In Artikel 1 Nr. 21 ist in § 99 Abs. 1 nach Nummer 1 folgende Nummer 1a einzufügen:

„1a. Verträge von Unternehmen der Seeschiffahrt, für die die Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 nicht gilt, sowie auf Beschlüsse und Empfehlungen von Verbänden dieser Unternehmen, wenn und soweit sie die Beförderung über die Grenze oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zum Gegenstand haben;".

Als Folge sind in Artikel 1

— Nr. 9 Buchstabe a in § 26 Abs. 2 Satz 1,

— Nr. 25 Buchstabe a in § 104 Abs. 1 und

— Nr. 26 in § 105

jeweils die Worte „§ 99 Abs. 1 Nr. 1 und 2" durch die Worte „§ 99 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 2" zu ersetzen.

Begründung

Die deutschen Seeschiffahrtsunternehmen befinden sich in einer durch — auf sie einwirkende — internationale Bedingungen und starken Wettbewerbsdruck geprägten besonderen Situation, die eine Beibehaltung der Bereichsausnahme vom allgemeinen Kartellverbot notwendig macht. Diesem Erfordernis trägt der vorliegende Gesetzentwurf nicht Rechnung. Zudem wird von der unzutreffenden Annahme ausgegangen, daß der Bereich des Seeverkehrs heute bereits vom EG-Recht erfaßt würde. Für den wichtigen Bereich der Trampschiffahrt gilt die EWG-Verordnung Nr. 4056/86 nicht. Hier bedarf es der vorgeschlagenen nationalen Regelung, durch die insbesondere alle Absprachen erfaßt blieben, die sich auf den Cross Trade beziehen. Darüber hinaus ermöglicht eine Beibehaltung der Bereichsausnahme die wirtschaftspolitisch gebotene weitere Stabilisierung des Wirtschaftszweiges, eine Begrenzung der Rechtsunsicherheiten gegenüber dem europäischen Kartellrecht sowie weiterhin flexible Problemlösungen, wie z. B. bei Konsortien, Joint Ventures und Stillegeaktionen.

7. **Artikel 1 Nr. 21** (§ 99 Abs. 1 Nr. 4 — neu —)

In Artikel 1 Nr. 21 ist in § 99 Abs. 1 folgende Nummer 4 anzufügen:

„4. Verträge von Flugplatzunternehmen sowie Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen über die Bedingungen und Entgelte für die Inanspruchnahme ihrer Dienste oder Anlagen, wenn sie einer staatlichen Genehmigung bedürfen."

Als Folge sind in Artikel 1

— Nr. 9 Buchstabe a (§ 26 Abs. 2 Satz 1)

— Nr. 19 Buchstabe d (§ 80 Abs. 3 Satz 2 Nr. 6)

— Nr. 25 Buchstabe a (§ 104 Abs. 1)

— Nr. 26 (§ 105)

entsprechend anzupassen.

Begründung

Im Interesse einer bedarfsgerechten Entwicklung des Luftverkehrs ist es notwendig, daß eine einheitliche Gebührenstruktur der Landeentgelte der Verkehrsflughäfen erhalten bleibt. Luftverkehrspolitisch ist es erforderlich, unerwünschte und gesamtwirtschaftlich schädliche verkehrspolitische Nachteile für weniger frequentierte Flugplätze abzuwehren. Zur Erreichung dieser verkehrspolitischen Ziele erscheint die Aufrechterhaltung dieser Ausnahme vom Kartellverbot notwendig.

8. **Artikel 1 Nr. 22 a — neu —** (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 22 folgende Nummer 22 a einzufügen:

‚22 a. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 wird wie folgt gefaßt:

„2. ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, daß der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind; Nummer 1 bleibt unberührt, oder" '.

Begründung

Das kartellrechtliche Instrumentarium zur Mißbrauchsaufsicht über die Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft muß erheblich verbessert werden. Ohne eine praktikable Fortentwicklung der Mißbrauchsaufsicht ist eine wirkungsvolle Arbeit der Kartellbehörden, wie die bisherigen Kartellverwaltungsverfahren gezeigt haben, kaum möglich. Die Mißbrauchsaufsicht über die Unternehmen der Versorgungswirtschaft leidet vor allem erheblich darunter, daß ihre gesetzlichen Grundlagen teilweise unklar und unpraktikabel formuliert sind. Die kartellrechtlichen Eingriffsbefugnisse, insbesondere der Beispielstatbestand für Preismißbräuche (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB), sind präziser und effizienter auszugestalten. Der Bundesrat hält daher insbesondere folgende Verbesserungen für erforderlich:

— Das Tatbestandsmerkmal „spürbar" in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB ist zu streichen, da mit dem in der Preismißbrauchsaufsicht notwendigen Einzelkundenvergleich eine unklare und je nach Interessenrichtung unterschiedlich auslegbare Toleranzschwelle nicht zu vereinbaren ist. Der Mißbrauchsbegriff des § 103 Abs. 5 GWB ist — wie die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 22 GWB zeigt — im übrigen dahin auszulegen, daß nicht bereits jede geringfügige Preisabweichung die Annahme eines Mißbrauchs rechtfertigen kann. Es kann daher nicht im Sinne einer wirkungsvollen Mißbrauchsaufsicht sein, zu beanstandende Preisunterschiede am Merkmal „spürbar" als weiterer — zweiter — Toleranzschwelle zu messen.

— In § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB ist klarzustellen, daß unterschiedliche Preisstellungen nur gerechtfertigt sind, wenn sie auf unbeeinflußbaren Umständen beruhen, die das Vergleichsunternehmen in seinem Versorgungsgebiet nicht vorfindet. Es ist deshalb das Wort „abweichende" in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB einzufügen. Damit wird gleichzeitig klargestellt, daß beispielsweise Immissionsschutzinvestitionen auf Grund gesetzlicher Vorgaben — wie sie etwa die Verordnung über Großfeuerungsanlagen vorsieht — keine gegenüber gleichartigen Unternehmen ungünstigeren Preise rechtfertigen können, wenn die Vergleichsunternehmen hinsichtlich ihrer Feuerungsanlagen den gleichen Vorschriften unterliegen.

— Es ist durch Einfügung der Worte „Nummer 1 bleibt unberührt" in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB klarzustellen, daß die Beispielstatbestände des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 GWB in der Preismißbrauchsaufsicht nebeneinander anwendbar sind.

9. **Artikel 1 Nr. 23** (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 23 zu streichen.

Begründung

Eine Streichung der Regelvermutung, daß die Verweigerung einer Durchleitung in der Regel nicht unbillig ist, wenn die Durchleitung zur Versorgung eines Dritten im Gebiet des Energieversorgungsunternehmens (EVU) führen würde, würde den gesetzlichen Schutz von Versorgungsgebieten durch Gebietsschutzverträge erheblich einschränken und damit die sichere und preiswürdige Versorgung aller Verbraucher gefährden. Zwar ist laut der Begründung des Entwurfs

keine Änderung der materiellen Rechtslage (Vorrang der dem Inhaber des Versorgungsnetzes obliegenden Versorgungspflicht vor den wirtschaftlichen Interessen des die Durchleitung anstrebenden EVU) beabsichtigt, es ist aber nicht auszuschließen, daß einzelne Großabnehmer aus dem Versorgungsgebiet eines EVU herausgebrochen werden. Dies hätte zur Folge, daß die Energiepreise für die übrigen Abnehmer steigen würden, zumal die Versorgungspflicht des Gebiets-EVU generell bestehen bliebe.

10. **Artikel 1 Nr. 24** (§ 103 Abs. 5)

In Artikel 1 ist Nummer 24 wie folgt zu fassen:

,24. In § 103 Abs. 5 wird am Ende folgender Satz angefügt:

„Ein Mißbrauch im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 liegt auch vor, wenn eine Vereinbarung der in Absatz 1 Nr. 1 bezeichneten Art nach Ende der Laufzeit eines Vertrages der in Absatz 1 Nr. 2 bezeichneten Art eine Versorgung der überwiegenden Zahl der Abnehmer zu günstigeren Preisen und Bedingungen durch ein anderes Unternehmen verhindert." '

Begründung

Die Laufzeiten von Konzessions- und Demarkationsverträgen enden ganz überwiegend zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Dieses zeitliche Überlappen von Konzessions- und Demarkationsverträgen stellt in der Tat ein gewichtiges wettbewerbspolitisches Problem dar. Die gesetzgeberischen Zielvorstellungen des § 103a GWB von einer wirksamen Befristung versorgungswirtschaftlicher Verträge werden verfehlt, wenn den Versorgungspartnern bei Auslaufen eines Konzessionsvertrages die Möglichkeiten zur Schaffung neuer energiewirtschaftlich rationeller Versorgungsstrukturen allgemein verschlossen bleiben. Es würde indessen zu weit gehen, wenn zur Lösung dieser Frage die generelle relative Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen, die einem tatsächlichen Wechsel des Letztversorgers entgegenstehen, angeordnet wird. Der bestehende kartellrechtliche Ordnungsrahmen würde damit in seinem Kern berührt. Es bestünde die Gefahr, daß es in den Flächenstaaten der Bundesrepublik Deutschland zu einem Auszehren von Versorgungsgebieten kommen und gerade kleinere Abnehmer aufgrund dieser negativ veränderten Versorgungsstruktur zu höheren Preisen versorgt werden müßten.

Dem Versuch, die Lösung einer generellen relativen Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen u. a. damit zu begründen, daß auf diese Weise Auswahlalternativen für solche Gemeinden geschaffen würden, die am Rand von Versorgungsgebieten lägen und keine eigenen Versorgungsunternehmen hätten oder errichten könnten, kann der Bundesrat nicht folgen.

Die Zufälligkeit der Lage einer Gemeinde am Rand eines Versorgungsgebiets kann kein Rechtfertigungsgrund dafür sein, ihr auf Kosten anderer vergleichbarer Gemeinden inmitten eines Versorgungsgebiets zu günstigeren Bezugsbedingungen zu verhelfen. Es ist — entgegen der Bundesregierung — auch nicht davon auszugehen, daß die Letztverteiler die sich aufgrund des Wettbewerbs ergebenden Vorteile an die Abnehmer in ihrem Gebiet weitergeben werden. Die Praxis hat gezeigt, daß die Gemeinden bzw. Letztverteilerunternehmen bei der Gestaltung der Preise und Versorgungsbedingungen nahezu ausnahmslos an die — durch das Preisniveau des Vorlieferanten gezogene — Mißbrauchsgrenze herangehen und die Vorteile aus günstigeren Bezugsbedingungen keineswegs an die Letztverbraucher weitergeben. Die Gemeinden bzw. Letztverteilerunternehmen nehmen die abnahmestrukturbedingte Differentialrente, die sich aus einem hohen Tarifabnehmeranteil bei großer Abnahmedichte und damit aus einer günstigeren Abnahmestruktur im Vergleich zu den regionalen Weiterverteilern ergibt, vielmehr regelmäßig für sich in Anspruch.

Der Bundesrat gibt deshalb einer einzelfallbezogenen individuellen Unwirksamkeitsregelung, die im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht als flexibler und in seinen Wirkungen überschaubarer Beispielstatbestand in den Katalog typischer Mißbrauchsfälle (§ 103 Abs. 5 Satz 2 GWB) aufzunehmen ist, den Vorzug. Eine solche gesetzliche Lösung bedeutet, daß ein Festhalten an einem Demarkationsvertrag dann als mißbräuchlich anzusehen ist, wenn das übernehmende Energieversorgungsunternehmen für die überwiegende Zahl der Abnehmer günstigere Preise und Bedingungen als das bisher — bei vergleichbaren strukturellen Gegebenheiten — versorgende Energieversorgungsunternehmen anbietet. Damit wird gleichzeitig auch ein Wettbewerbs- und Rationalisierungsdruck auf das bisher versorgende Energieversorgungsunternehmen ausgeübt. Dieses kann der Annahme des Mißbrauchs dadurch begegnen, daß es seinerseits zu diesen günstigeren Preisen und Bedingungen des neu anbietenden Energieversorgungsunternehmens die Gemeinde versorgt. In beiden Fällen — Übernahme der Gemeinde durch ein neues Energieversorgungsunternehmen bzw. Versorgung der Gemeinde durch das bisherige Energieversorgungsunternehmen zu günstigeren Preisen und Bedingungen bei der überwiegenden Zahl der Abnehmer — kommt es nach den anerkannten kartellrechtlichen Grundsätzen des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 GWB) und der mißbrauchsfreien Preisgestaltung (§ 103 Abs. 5 GWB) zu einem weiterreichenden Rationalisierungs- und Wettbewerbsdruck dergestalt, daß das neu übernehmende bzw. das bisher versorgende Energieversorgungsunternehmen diese günstigeren Preise und Bedingungen in seinem gesamten Versorgungsgebiet anbieten muß. Eine solche Lösung hätte damit eine über diese Gemeinde hinausgreifende rationalisierende Wirkung.

Nach allem ist statt einer Änderung des § 103a GWB — so Artikel 1 Nr. 24 in der Fassung des Gesetzentwurfs — § 103 Abs. 5 GWB durch einen neuen Satz zu ergänzen.

11. **Zum Gesetzentwurf insgesamt**

Der Bundesrat fordert die Bundesregierung auf, bei der weiteren Beratung des Entwurfs eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darauf hinzuwirken, daß künftig die Gebühr im Sinne des § 107 Abs. 1 OWiG auch von juristischen Personen und Personenvereinigungen zu zahlen ist, gegen die eine Geldbuße nach § 30 Abs. 1 oder Abs. 4 OWiG festgesetzt wird.

Begründung

Durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986 (BGBl. I S. 721) wurde der Zusammenhang zwischen der Verfolgung der natürlichen Person und der Verhängung einer Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG gelockert. Insbesondere wurde die Bezeichnung als „Nebenfolge" im Gesetz gestrichen. Außerdem ist unter erleichterten Umständen die Durchführung eines selbständigen Verfahrens gegen das betroffene Unternehmen möglich, unabhängig von einem Straf- oder Bußgeldverfahren gegen die natürliche Person (§ 30 Abs. 4 OWiG). Das Unternehmen rückt damit in eine „dem Betroffenen ähnliche Rolle" (vgl. Göhler, OWiG, 8. Aufl. 1988, Rdnr. 8 vor § 87). Trotzdem behandelt der Gesetzgeber die juristische Person und Personenvereinigung weiterhin als „Nebenbeteiligte" (vgl. etwa § 444 Abs. 1 StPO i. V. m. § 88 Abs. 1 OWiG; § 467a Abs. 2 StPO) mit der aus kostenrechtlicher Sicht entscheidenden Konsequenz, daß ihr lediglich die durch ihre Beteiligung erwachsenden besonderen Kosten auferlegt werden können (§ 472b Abs. 1 Satz 1 StPO). Diese Rechtslage erscheint aus dem Gesichtspunkt der Kostenverursachung heraus unbefriedigend. Die festzusetzenden Gebühren sollen den mit der Durchführung des Verfahrens verbundenen Aufwand der Behörde abdecken. In Verfahren im Bereich der Wirtschaftskriminalität wird dieser Aufwand wesentlich durch die Ermittlungstätigkeit in Unternehmen, die Auswertung unternehmensinterner Unterlagen bis hin zur Verhängung von Geldbußen gegen diese Unternehmen verursacht. Die Verbandsgeldbußen belaufen sich dabei regelmäßig auf ein Mehrfaches der gegen betroffene Unternehmensmitarbeiter verhängten Geldbußen. Die fehlende Möglichkeit, eine Gebühr gegen die Verfahrensbeteiligten festsetzen zu können, gegen die sich insbesondere Kartellordnungswidrigkeitenverfahren in erster Linie richten, ist deshalb zu beseitigen. Darüber hinaus kommt es nach geltendem Recht zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung zwischen einzelkaufmännischen Unternehmen einerseits sowie juristischen Personen und Personenvereinigungen andererseits. Während die Inhaber der erstgenannten Betriebe die Gebühr in voller Höhe zu entrichten haben, scheidet die Erhebung gegenüber den letztgenannten Verbänden nach derzeitiger Rechtslage aus. Da die Vorteile von Wirtschaftsdelikten regelmäßig den Unternehmungen zugute kommen, werden nach ständiger Verwaltungspraxis — selbst bei einer Einmann-GmbH — die spürbaren Bußen gegen die juristische Person verhängt, während auf das gebührenpflichtige Organ nur ein Bruchteil davon entfällt. Bei insgesamt gleicher Bußgeldsumme zahlt also eine juristische Person keine, das einzelkaufmännische Unternehmen hingegen die volle Gebühr in Höhe von 5 v. H. der Geldbuße. Diese Situation tritt besonders kraß in Erscheinung, wenn sowohl einzelkaufmännisch als auch gesellschaftsrechtlich organisierte Unternehmen an derselben Tat und an demselben Verfahren beteiligt sind, wie dies beispielsweise bei Kartellverfahren in mittelständisch strukturierten Branchen oft der Fall ist.

Im übrigen würde mit der Änderung eine Gleichbehandlung juristischer Personen und Personenvereinigungen im kartellrechtlichen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenverfahren erreicht. Die verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschrift des § 80 GWB erlaubt die Erhebung von Gebühren unabhängig davon, ob es sich um das Unternehmen eines Einzelkaufmanns oder eines der genannten Verbände handelt.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates

Zu 1. (Artikel 1 Nr. 1 — § 5c)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu, den im Regierungsentwurf vorgesehenen Freistellungstatbestand für Verträge und Beschlüsse über den gemeinsamen Einkauf zu streichen.

Zur Begründung führt der Bundesrat aus, daß die Einfügung des § 5c von den Wirtschaftskreisen, die diese Norm begünstigen soll, nicht gewünscht werde. Der bloße Hinweis auf die ablehnende Haltung betroffener Wirtschaftskreise kann jedoch den Verzicht auf eine sachlich gebotene und angemessen ausgestaltete gesetzliche Regelung nicht rechtfertigen. Angesichts des Standes der Rechtsprechung hält die Bundesregierung die gesetzliche Regelung des § 5c im Interesse der rechtlichen Absicherung der Einkaufskooperationen für erforderlich. Auch die Kartellbehörden bedürfen für ihre Praxis einer klaren Rechtsgrundlage.

Entgegen der Darstellung der interessierten Verbände bedeutet insbesondere die vorgesehene Anmeldung keine unangemessene Belastung für die Kooperationen. Das Bundeskartellamt wird dieses Verfahren so unbürokratisch wie möglich handhaben und zu diesem Zweck auch eine Anmeldebekanntmachung veröffentlichen. Darin wird klargestellt werden, daß es für eine vollständige Anmeldung einer Einkaufskooperation ausreicht, wenn neben der Bezeichnung der Kooperation und ihrer Mitglieder (vgl. § 9 Abs. 2) die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag sowie je ein Muster der Vereinbarungen zwischen der Kooperation und ihren Mitgliedern bzw. Lieferanten vorgelegt wird. Darüber hinaus ist geplant, dieser Bekanntmachung eine Bagatellklausel anzufügen, mit der das Bundeskartellamt wegen der geringen wettbewerblichen Bedeutung generell auf die Anmeldung von Einkaufskooperationen bis zu einem bestimmten Umsatz (voraussichtlich 50 Mio. DM) verzichtet.

Zu 2. (Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe a — § 26 Abs. 2 Satz 2)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates, die bisherige Gesetzesfassung von § 26 Abs. 2 Satz 2 unverändert zu lassen, nicht zu.

Die Bundesregierung hält es vielmehr für sinnvoll, das Diskriminierungsverbot, dem relativ marktstarke Unternehmen unterliegen, wie im Regierungsentwurf vorgesehen, auf das Verhalten gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen zu beschränken. Angesichts des mit einer Belieferungspflicht verbundenen scharfen Eingriffs in die Vertragsfreiheit ist bei einer Novellierung die Frage zu stellen, ob die Regelung im bisherigen Umfang noch erforderlich ist.

Die Überprüfung hat ergeben, daß es im Verhältnis zu Großunternehmen zweckmäßig ist, relativ marktstarken Normaddressaten über die im Rahmen der geltenden Gesetzesfassung und der dazu ergangenen Rechtsprechung bestehenden Dispositionsrechte hinaus ihre volle Vertragsfreiheit insbesondere beim Absatz wieder einzuräumen. Nach der im Regierungsentwurf vorgesehenen Gesetzesänderung kommt es in solchen Fällen auf das Vorliegen einer Abhängigkeit und eines sachlich gerechtfertigten Grundes, die im jeweiligen Einzelfall umstritten sein können, nicht mehr an. Damit braucht das relativ marktstarke Unternehmen nicht mehr zu befürchten, von einem potenten Nachfrager wegen einer Lieferungsverweigerung mit einem Prozeß überzogen zu werden.

Angesichts der starken Stellung großer Handelsunternehmen am Markt ist auch nicht zu befürchten, daß ihnen gegenüber eine verdeckte Preisbindung der zweiten Hand durchgesetzt wird.

Der Begriff der kleineren und mittleren Unternehmen ist in der Begründung zu Artikel 1 Nr. 1 erläutert. § 26 Abs. 2 enthält bereits jetzt mit den Tatbestandsmerkmalen „ohne sachlich gerechtfertigten Grund" und „daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen" allgemeine und unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Ausfüllung durch die Rechtsprechung bedürfen. Die Einfügung des Begriffs der kleinen und mittleren Unternehmen, den das Gesetz schon jetzt an mehreren Stellen verwendet, bedeutet keine erhöhte Rechtsunsicherheit bei der Anwendung von § 26 Abs. 2 Satz 2.

Mit der vorgesehenen Einschränkung wäre § 26 Abs. 2 keinesfalls von vornherein unanwendbar, wenn die Anbieter oder Nachfrager auf einem bestimmten Markt keine erheblichen Größenunterschiede aufweisen. Bei einer Vielzahl etwa gleichgroßer Unternehmen auf einem ausschließlich durch mittelständische Anbieter oder Nachfrager geprägten Markt haben die einzelnen Unternehmen vielmehr jeweils den Charakter von kleinen und mittleren Unternehmen, so daß § 26 Abs. 2 Satz 2 zur Anwendung kommt.

Zu 3. (Artikel 1 Nr. 10 — § 34)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates, das Schriftformerfordernis des § 34 beizubehalten, zu.

Die mit dem Regierungsentwurf vorgesehene Streichung des § 34 gehört nicht zu den Schwerpunkten der beabsichtigten Änderungen im Hinblick auf den Handel und die Ausnahmebereiche. Angesichts der Bedeutung, die der Bundesrat dieser Vorschrift zumißt, sieht die Bundesregierung davon ab, die Strei-

chung des Schriftformerfordernisses im Rahmen der vorliegenden Novelle weiterzuverfolgen.

Zu 4. (Artikel 1 Nr. 2a — neu — § 38a)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu, die Regelung über die unverbindliche Preisempfehlung in § 38a zu streichen.

Zu den Erfahrungen mit der unverbindlichen Preisempfehlung verweist die Bundesregierung auf den Bericht des Bundesministers für Wirtschaft an den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestag vom 16. September 1985. In den Schlußfolgerungen dieses Berichts wird einerseits an die Vorteile erinnert, die unverbindliche Preisempfehlungen bei einer marktgerechten Kalkulation für alle Marktteilnehmer, insbesondere auch für die Verbraucher, haben können. Andererseits wird auf die wettbewerblichen Risiken vor allem von „Mondpreisempfehlungen" und des Mißbrauchs der Preisempfehlung zur Schaffung einer faktischen Preisbindung aufmerksam gemacht. Der herrschende intensive Wettbewerb im Handel schränkt diese Risiken jedoch stark ein. Nach dem Bericht von 1985 werden die wettbewerblichen Nachteile und Risiken der unverbindlichen Preisempfehlung von ihren Vorteilen im Ergebnis überwogen.

Auch gegenwärtig wirft der Bereich der unverbindlichen Preisempfehlung aus der Sicht des Bundeskartellamts keine besonderen Probleme auf. Nach Auffassung der Bundesregierung besteht daher im Rahmen der auf konkrete Problempunkte ausgerichteten 5. Kartellgesetznovelle kein Anlaß zu einer Änderung oder Abschaffung des § 38a.

Zu 5. (Artikel 1 Nr. 19 § 80 Abs. 2)

Die Bundesregierung beabsichtigt nicht, auf die Einführung eines Gebührentatbestandes für die Erteilung von Auskünften über Anmeldungen nach § 9 Abs. 4 GWB hinzuwirken.

Die vom Bundesrat gewünschte Änderung des § 80 GWB würde der Absicht des Gesetzes zuwiderlaufen, eine größtmögliche Publizität über bestehende Wettbewerbsbeschränkungen herzustellen.

Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Bereinigung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 27. Februar 1985 (BGBl. I S. 457) bestand neben der Publizität durch Bekanntmachung die Möglichkeit zur unentgeltlichen Einsicht in das Kartellregister, das bei den Kartellbehörden des Bundes und der Länder auslag. Mit der Beseitigung des Kartellregisters, das auch zur Verminderung des Verwaltungsaufwandes abgeschafft wurde, entfiel die Möglichkeit, sich auf diese Weise einen Überblick über bestehende Kartellabsprachen zu verschaffen. Dies fällt insbesondere bei Verträgen nach § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 GWB ins Gewicht, weil in diesen Fällen die Publizität nicht durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger hergestellt wird. Zum Ausgleich wurde deshalb durch das Gesetz zur Bereinigung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften das spezielle Auskunftsrecht für jedermann nach § 9 Abs. 4 GWB eingeführt, damit die gebotene Transparenz hinsichtlich freigestellter Kartelle auch weiterhin gewährleistet bleibt (vgl. Begründung zu Nr. 5 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Bereinigung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 8/1790, S. 7). Die Einführung einer Gebühr für Auskünfte nach § 9 Abs. 4 würde die vom Gesetz gewollte umfassende Publizität erschweren.

In den Fällen, in denen eine Auskunft die Anfertigung von Abschriften erforderlich macht, kann eine Gebühr nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 verlangt werden. § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB steht dem nicht entgegen, da auch das Auskunftsverfahren als Verfahren vor den Kartellbehörden anzusehen ist.

Zu 6. (Artikel 1 Nr. 21 § 99 Abs. 1 Nr. 1a — neu —)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu, einen Freistellungstatbestand für Absprachen in der internationalen Seeschiffahrt, die nicht unter die EG-Verordnung 4056/86 fallen, einzuführen. Die vorgeschlagene Ergänzung des § 99 Abs. 1 wäre wegen des Vorrangs des EG-Kartellverbots ohne rechtliche Wirkung und deshalb überflüssig.

Absprachen in der Trampschiffahrt unterliegen auch nach Auffassung der EG-Kommission dem Verbot des Artikels 85 Abs. 1 EWG-Vertrag, wie sich aus den Erwägungsgründen zu EG-Verordnung 4056/86 ergibt.

Damit nicht unter die Verordnung 4056/86 fallende Kartellabsprachen in der internationalen Seeschiffahrt nach Artikel 88 EWG-Vertrag von den nationalen Kartellbehörden im Einzelfall freigestellt werden können, wenn sie die Voraussetzungen des Artikels 85 Abs. 3 erfüllen, bereitet die Bundesregierung zur Zeit Ausführungsbestimmungen i. S. des Artikels 88 EWG-Vertrag vor, die eine derartige Legalisierung ermöglichen.

Für Absprachen im Rahmen des Cross Trade ist eine Freistellung vom Kartell- und Empfehlungsverbot (§§ 1 und 38 GWB) nicht erforderlich, da sie nach § 98 Abs. 2 GWB ohnehin nicht vom GWB erfaßt werden.

Zu 7. (Artikel 1 Nr. 21 § 99 Abs. 1 Nr. 4 — neu —)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu, die Freistellung der Verträge von Flughafenunternehmen sowie der Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen nach dem geltenden § 99 Abs. 2 Nr. 2 GWB beizubehalten.

Die Bundesregierung hält Landeentgelte, die auf der Basis von Kartellabsprachen oder Empfehlungen vereinheitlicht sind, für nicht geeignet, um das verkehrspolitisch wünschenswerte Ziel einer besseren Auslastung der weniger frequentierten Flughäfen bei gleichzeitiger Entlastung der stark frequentierten zu erreichen. Es ist Aufgabe der Luftverkehrsbehörden

der Länder, bei der Genehmigung Flughafenbenutzungsordnungen nach § 43 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung auf eine den verkehrspolitischen Zielsetzungen förderliche Gestaltung der Landegebühren — auch länderübergreifend — hinzuwirken. Auf diese Weise kann nach Auffassung der Bundesregierung den verkehrspolitischen Bedürfnissen weitaus besser Rechnung getragen werden, als durch Preiskartelle oder Preisempfehlungen, die in einem liberalisierten Luftverkehrsmarkt verkehrs- und wettbewerbspolitisch unerwünscht sind.

Außerdem verstoßen Absprachen und Empfehlungen über Landeentgelte nach den grundsätzlichen Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes in dem Urteil vom 11. April 1989 („Wettbewerb-Flugtarife") RS 66/86, die sich auf die vergleichbare Problematik der Tarifabsprachen in der Luftfahrt beziehen, gegen Artikel 85 Abs. 1 EWG-Vertrag. Dementsprechend würde eine Freistellungsregelung im nationalen Recht ins Leere gehen. Soweit notwendig, kann auf die Möglichkeit zurückgegriffen werden, daß die zuständige nationale Behörde Absprachen über Landeentgelte im Einzelfall nach Artikel 88 EWG-Vertrag freistellt, wenn die Absprachen die Voraussetzungen des Artikels 85 Abs. 3 EWG-Vertrag erfüllen.

Zu 8. (Artikel 1 Nr. 22a — neu — § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2)

Die Bundesregierung stimmt im Bereich Versorgungswirtschaft den vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen am bestehenden Beispielstatbestand für einen Mißbrauch durch Forderung ungünstiger Preise und Geschäftsbedingungen zu.

Die Neufassung von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 hat den Charakter einer Klarstellung, wie auch die Begründung des Bundesrates für zwei der drei vorgeschlagenen Änderungen ausdrücklich feststellt. Weil die damit angestrebten Ergebnisse auch im Wege der Auslegung des geltenden Gesetzeswortlauts zu erzielen wären, ist im Regierungsentwurf auf die nun vom Bundesrat vorgeschlagenen Präzisierungen verzichtet worden.

Zu 9. (Artikel 1 Nr. 23 — § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4)

Die Bundesregierung stimmt der vom Bundesrat vorgeschlagenen Aufrechterhaltung der Regelvermutung nicht zu, nach der die Verweigerung einer Durchleitung in der Regel nicht unbillig ist, wenn die Durchleitung zur Versorgung eines Dritten im Gebiet des Versorgungsunternehmens führen würde.

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Streichung des letzten Satzes von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 ist erforderlich, damit der erste Satz dieses Tatbestandes, der eine Durchleitung grundsätzlich ermöglicht, in einzelnen Fällen, in denen dies sachlich gerechtfertigt ist, praktisch wirksam werden kann. Wenn die Durchleitung an Dritte bei Berücksichtigung aller versorgungswirtschaftlichen Aspekte die energiewirtschaftlich rationellste Lösung darstellt, soll sie in Zukunft nicht mehr von vornherein ausgeschlossen sein.

Die Streichung der Regelvermutung bedeutet keine erhebliche Einschränkung des gesetzlichen Schutzes von Versorgungsgebieten, sondern nur eine begrenzte Korrektur der geltenden Gesetzesfassung. Für die Durchleitung ist die Interessenabwägung nach den Sätzen 1 und 2 der Nummer 4 maßgebend, deren materielle Kriterien unverändert bleiben. Die Interessen der Verbraucher an einer sicheren und preiswürdigen Versorgung sind auch bei Streichung der Regelvermutung in vollem Umfange sichergestellt. Nach der ausdrücklichen Regel des Absatzes 5 Satz 1 darf jede Mißbrauchsverfügung nur unter Berücksichtigung der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung erfolgen. Zusätzlich gewährleistet Nummer 4 Satz 2 diese Interessen für den Fall der Durchleitung durch die Bestimmung, daß die Auswirkungen der Durchleitung insbesondere auch auf die Versorgungsbedingungen für die übrigen Abnehmer zu berücksichtigen sind.

Zu 10. (Artikel 1 Nr. 24 — § 103 Abs. 5 Satz 3)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu, das Problem des zeitlichen Überlappens von Konzessions- und Demarkationsverträgen statt mit der im Regierungsentwurf vorgesehenen teilweisen Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen bei Auslaufen eines Konzessionsvertrags durch einen neuen Beispielstatbestand für die Mißbrauchsaufsicht zu lösen.

In der Problemanalyse besteht zwischen Bundesregierung und Bundesrat Einigkeit. Das zeitliche Überlappen von Konzessions- und Demarkationsverträgen stellt, wie es auch der Bundesrat bestätigt, ein gewichtiges wettbewerbspolitisches Problem dar. Durch die Überlappung werden die gesetzgeberischen Ziele des § 103a von einer wirksamen Befristung versorgungswirtschaftlicher Verträge verfehlt.

Zur Lösung dieses Problems stellt die teilweise Unwirksamkeit wettbewerbsblockierender Demarkationsverträge bei Auslaufen eines Konzessionsvertrags das richtige Instrument dar. Eine solche Beschränkung ist dem Vorschlag des Bundesrats vorzuziehen, denn sie fördert den Wettbewerb und verhilft der Zielsetzung der Befristung von Gebietsschutzverträgen zuverlässig zum praktischen Erfolg. Von einem neuen Beispielstatbestand für einen Mißbrauch ist dagegen keine hinreichend wirksame Problemlösung zu erwarten.

Grundsätzlich sollte die Wettbewerbspolitik, wo immer möglich, die Handlungsfreiheit der Beteiligten unmittelbar durch Gesetz sichern und ihre Einschränkung verbieten. Eine Mißbrauchsaufsicht durch Kartellbehörden ist demgegenüber nur eine Ersatzlösung. Zudem wohnt diesem Instrument eine Tendenz zu weiterem Ausbau der Kontrolle und immer intensiverer Staatsaufsicht inne. Die im Regierungsentwurf vorgesehene teilweise Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen sichert nach einfachen Kriterien automatisch die Handlungsfreiheit der Entscheidungsträger, die über die Versorgungsbeziehungen zu bestimmen haben. Nach dem vom Bundesrat vorgeschlagenen Mißbrauchstatbestand ist das Vorgehen der Be-

hörden dagegen von schwierigen Bewertungsfragen im Einzelfall abhängig. Schon aus grundsätzlichen Erwägungen ist somit die Lösung des Regierungsentwurfs der Empfehlung des Bundesrates vorzuziehen.

Gemessen am Ziel der Befristung, bei Auslaufen eines Gebietsschutzvertrages den Beteiligten eine freie Entscheidung über die künftige Versorgungsbeziehung zu ermöglichen, geht die automatische Synchronisierung nicht zu weit. Vielmehr sichert die teilweise Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen, die einem Wechsel des Letztversorgers entgegenstehen, lediglich die mit der 4. GWB-Novelle bezweckte Entscheidungsfreiheit bei Ablauf eines Konzessionsvertrags.

Der bestehende kartellrechtliche Ordnungsrahmen wird wettbewerblich aufgelockert, aber in seinem Kern nicht berührt. Die Geschlossenheit der Versorgungsgebiete wird durch den Regierungsentwurf nicht in Frage gestellt, zumal auch keine grundsätzliche Neuausrichtung des Durchleitungstatbestands erfolgen soll. Die Unwirksamkeit von Demarkationsverträgen würde in erster Linie für solche Kommunen Auswahlalternativen eröffnen, die am Rand des Gebiets eines Versorgungsunternehmens liegen, weil Voraussetzung für einen Wettbewerb um Versorgungsgebiete und einen Wechsel des Letztversorgers die faktische Erreichbarkeit durch ein anderes Versorgungsunternehmen ist. Dies gilt im Rahmen eines Beispieltatbestandes für die Mißbrauchsaufsicht gleichermaßen.

Die Bundesregierung erwartet von der Verwirklichung ihres Vorschlags einen allgemeinen Anreiz zur Rationalisierung und Vorteile für die Abnehmer in den Gebieten, für die ein Versorgerwechsel ermöglicht wird. Denn die Versorgungsbedingungen würden zu einem relevanten Gesichtspunkt für die Entscheidung über die weiteren Versorgungsbeziehungen. Wenn ein Unternehmen mit niedrigeren Kosten und besseren Konditionen die Versorgung neu übernimmt, kommen die Abnehmer in den Genuß günstigerer Energiepreise.

Von dem vom Bundesrat empfohlenen neuen Mißbrauchstatbestand ist keine hinreichend wirksame Lösung des Problems der zeitlichen Überlappung von Demarkations- und Konzessionsverträgen zu erwarten.

Dieser Vorschlag kann schon deshalb keine mit dem Regierungsentwurf vergleichbaren Wirkungen erzielen, weil er nicht in jedem Fall der Fristenüberlappung, sondern nur in den besonderen Fällen eingreift, in denen dem bisher versorgenden Unternehmen ein Mißbrauchsvorwurf gemacht werden kann.

Die Erfahrungen mit der energiewirtschaftlichen Kartellaufsicht im allgemeinen und den 1980 eingeführten gesetzlichen Beispielstatbeständen haben die naturgemäß begrenzte Effizienz des Instrumentariums der Mißbrauchsaufsicht gezeigt. Angesichts der außerordentlich hohen Zahl von Konzessionsverträgen wäre die Anwendung des neuen Mißbrauchstatbestands mit einem großen Verwaltungsaufwand verbunden. Gegen die Wirksamkeit des vorgeschlagenen § 103 Abs. 5 Satz 3 im Sinne einer zusätzlichen Eingriffsmöglichkeit spricht auch, daß er im Kern an die Bewertung der Preise und Bedingungen für die Versorgung anknüpft, die schon bisher Gegenstand zweier spezieller Eingriffstatbestände ist, nämlich der Bestimmungen der §§ 103 a Abs. 2 und 3 über das sog. Transparenzverfahren und des Beispielstatbestandes des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 über die Preismißbrauchsaufsicht. Im übrigen könnten die Kartellbehörden aufgrund des allgemeinen Mißbrauchsbegriffs nach § 103 Abs. 5 Satz 1 grundsätzlich schon jetzt einschreiten, wenn es im Rahmen einer unveränderten Freistellung möglich wäre, die Berufung auf einen Demarkationsvertrag bei Auslaufen eines Konzessionsvertrags effektiv zu unterbinden. Aufgrund der sachlichen und systematischen Zusammenhänge ist fraglich, ob im Rahmen eines neuen Beispielstatbestands für die Mißbrauchsaufsicht schärfere Kriterien als bei den genannten Normen zum Zuge kommen könnten oder deren Einschränkungen nicht vielmehr auch auf § 103 Abs. 5 Satz 3 übertragen würden. Schon die Begründung des Bundesrates geht davon aus, daß die Einschränkung vergleichbarer struktureller Gegebenheiten auch im Rahmen des neuen Mißbrauchstatbestandes anwendbar wäre, obwohl sie in seinem Wortlaut nicht enthalten ist. Unter diesen Umständen ist von einem neuen Beispielstatbestand kaum eine wesentliche zusätzliche materielle Eingriffsmöglichkeit zu erwarten.

Mit Änderungen in der Versorgungszuständigkeit aufgrund einer Mißbrauchslösung wäre in der Praxis im übrigen auch deshalb kaum zu rechnen, weil ein potentieller neuer Versorger durch die Unwägbarkeiten eines behördlichen Mißbrauchsverfahrens und die Möglichkeiten des bisherigen Versorgers, durch Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung den Gebietswechsel erheblich zu verzögern, von vornherein abgeschreckt würde.

Will man deshalb entsprechend den Zielsetzungen der 4. GWB-Novelle von 1980 einen wirksamen Wettbewerb um Versorgungsgebiete gewährleisten, so erscheint es daher als der richtige Weg, die Handlungsfreiheit der Beteiligten durch eine automatische Regelung sicherzustellen, wie es der Regierungsentwurf vorsieht.

Zu 11. (Zum Gesetzentwurf insgesamt)

Die Bundesregierung hält es mit dem Bundesrat unter dem Gesichtspunkt der wettbewerblichen Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen für unbefriedigend, daß juristische Personen oder Personenvereinigungen, gegen die als Nebenbetroffene eine Geldbuße nach § 30 Abs. 4 OWiG festgesetzt wurde, keine Gebühr zu bezahlen haben, während bei der Verhängung eines gleich hohen Bußgeldes gegen Einzelunternehmen eine Gebühr verlangt werden kann. Zudem fällt bei Ermittlungen wegen Kartellabsprachen der größte Ermittlungsaufwand durch die Ermittlungstätigkeit in den Unternehmen an, so daß auch unter dem Gesichtspunkt der Kostendekkung die Einführung eines Gebührentatbestandes gerechtfertigt erscheint.

Die vom Bundesrat aufgeworfene Frage hat aber allgemeine Bedeutung und kann nur einheitlich für alle

Bußgeldverfahren im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten geregelt werden. Dabei wäre zu bedenken, daß die Einführung einer selbständigen Gebühr für Geldbußen nach § 30 Abs. 4 OWiG zu einer weiteren Verselbständigung der Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen führen würde, was sorgfältiger Prüfung bedarf. Ein zusätzliches Problem würde dadurch entstehen, daß die Einführung einer eigenständigen Gebühr gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen im Bußgeldverfahren vor Verwaltungsbehörden die Frage nach einer entsprechenden Gebühr im gerichtlichen Verfahren aufwirft. Auch dieser Punkt bedarf sorgfältiger Prüfung.

Die Bundesregierung wird den vom Bundesrat aufgeworfenen Fragen nachgehen und in die Prüfung auch die Landesjustizverwaltungen einbeziehen.

Druck: Bonner Universitäts-Buchdruckerei, 5300 Bonn
Alleinvertrieb: Verlag Dr. Hans Heger, Postfach 20 13 63, Herderstraße 56, 5300 Bonn 2, Telefon (02 28) 36 35 51
ISSN 0722-8333